Strafrechtlicher Schutz von Energien

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Werner Klumpp
Referendar in Zörbig

Berichterstatter: Professor Dr. Arthur Wegener

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1937

Strafrechtlicher Schutz von Energien

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Werner Klumpp
Referendar in Zörbig

Berichterstatter: Professor Dr. Arthur Wegener

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)
1937

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

Einleitung. 1

I. Allgemeines. 2

a. Definition der Energie. 2
b. Energie und Energieträger. 2
c. Menschliche und tierische Energie. 3
d. Elektrische Energie. 4

II. Historischer Teil. 6

A. Strömungsenergie. 6
a. Der Zustand bis zum Gesetz vom 9. 4. 1900. . . 6
b. Das Gesetz vom 9. 4. 1900. 8

B. Schwingungsenergie. 10
a. Entwicklung. 10
b. Das Gesetz betreffend die Fernmeldeanlagen. . . 12

III. Bürgerlich rechtliche Betrachtung der Energie 14

A. Die Energie als
a. Sache 14
b. Gegenstand. 19
c. Eigenschaft. 21
1. natürliche Eigenschaft. 22
2. Verhältniseigenschaft. 22

B. a. Das Eigenrecht an den Energien. 23
b. Die Verfügungsberechtigung. 25

C. Verträge auf Lieferung von Energie 28

IV. Strafrechtliche Erfassung der Energieentziehung. . . . 32
a. Diebstahl. 32
b. Betrug. 34
c. Sachbeschädigung. 34
d. Gebrauchsanmaßung. 37

Schluß. 39

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548123_0060

Einleitung.

Der Streit, wie der widerrechtliche Gebrauch elektrischer Energie zu bestrafen ist, wurde für die Strömungsenergie durch das Gesetz, betreffend die Entziehung elektrischer Arbeit, für die Schwingungsenergie durch das Gesetz betreffend die Fernmeldeanlagen beendet. Beide Gesetze sind auf diese speziellen Erscheinungsformen der Energie zugeschnitten. Eine Eingliederung der Energie in das bestehende Rechtssystem fand durch sie nicht statt. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist der Versuch, diese systematische Stellung der Energie aufzuzeigen. Es war erforderlich, den Begriff Energie zu klären, die geschichtliche Entwicklung zu betrachten und auf die bürgerlichrechtlichen Fragen einzugehen.

I. Allgemeines.

Kraft ist die dynamische Seite des Stoffes
Stoff die statische Seite der Kraft.
(Lewes).

A. Die Natur ist angefüllt mit Gegenständen, die raumfüllende Materie darstellen. Die Physik bezeichnet sie mit dem Ausdruck Körper. Den Gegensatz hierzu bilden die Energien. Sie sind unkörperlich und man nennt sie Phänomene[1]. Erklärt werden die Energien von der Physik als gewisse Zustände der materiellen Körper, kraft deren diese befähigt sind, Arbeit zu leisten. Voraussetzung für das Bestehen dieser Energie ist demnach ein materieller Körper, dessen Zustand die Energie bildet und den wir ihren Träger nennen. Die Auswirkung der Energien findet in einer Arbeitsleistung statt, d. h., es werden von ihr Veränderungen an einem bestimmten Objekt hervorgerufen. Die Energie ist die Arbeitsfähigkeit und verhält sich zur Arbeit wie Ursache zur Wirkung. Der Begriff Arbeit ist in des Wortes engerer Bedeutung zu verstehen, da er hier nur das Ergebnis der Tätigkeit bezeichnet, während er im allgemeinen sowohl die Arbeitsfähigkeit, wie den ausführenden Vorgang und das daraus entstehende Ergebnis umfassen kann.

b. Träger und Energien sind zwangsläufig miteinander verknüpft, das eine ist Voraussetzung für das Bestehen des anderen. „Wir kennen gar keinen Stoff, der nicht Kräfte besäße, und wir kennen umgekehrt keine Kräfte, die nicht an Stoffe gebunden sind". (Häckel). Trotz dieser Bindung haben die Energien doch eine beschränkte Selbständigkeit insofern, als es für sie möglich ist, die Träger zu wechseln. Die Lösung der Energien von ihrem jeweiligen Träger kann für diesen verschiedene Bedeutung haben. Einmal kann er in seiner ursprünglichen Gestalt insofern erhalten bleiben, als er denselben Namen behält wie vor dem Übergang. Zum andern kann die Substanz durch diesen Vorgang derartig beeinflußt werden, daß der Verkehr, weil er die Energie als für eine solche Materie besonders bezeichnend ansieht, ihr infolge der Trennung einen anderen Namen gibt.

Die Formen, in denen die Energie an uns herantritt, sind mannigfaltig. Da es möglich ist, eine Form in jede andere zu verwandeln, ihre Summe nach dem Gesetz von der Erhaltung der Energie aber konstant bleibt, handelt es sich bei den verschiedenen Bezeichnungen immer um die Energie als solche, die lediglich ihrer besonderen augenblicklichen Erscheinungsform nach gewertet, vom Verkehr gekennzeichnet wird. In dieser

[1] Budde S. 50, 53; Kloß, S. 37; Plenske, S. 44, Schnitzler, S. 1.

Umwandlung, wie wir sie täglich in allen Naturprozessen vor Augen haben, besteht die Hauptbedeutung der Energie.

Nur in geringem, allerdings steigendem Maße ist es dem Menschen gelungen, die Vorgänge in der Natur nachzuahmen und die Energien sich unmittelbar dienstbar zu machen, d. h. sie in eine Form zu bringen, aus der heraus sie unmittelbar nutzbringend angewandt werden können. Durch die Anwendung, d. h. die Lösung von ihrem Träger, werden die Energien verbraucht. Diese Behauptung scheint im Gegensatz zu dem erwähnten Gesetz von der Erhaltung der Energie zu stehen. Trotzdem ist es richtig, von einem Verbrauch zu sprechen. Denn unter Verbrauch versteht man die Umwandlung der verwertbar vorhandenen Form in eine andere, deren Nutzbarmachung entweder überhaupt nicht oder nur nach einem neuen Aufwand von Arbeit für den Menschen möglich ist. „Es verhält sich mit der Energie in diesem einzigen Punkte genau wie mit der Sache. Auch deren Zerstörung bedeutet hier nur eine Überführung in eine Form, die dem Rechtsleben nicht mehr ansteht"[2].

Man scheidet die Energie nach ihren Trägern in zwei große Gruppen: Die Energien, die durch den Äther übermittelt werden, und jene, die unabhängig davon sich in bestimmten Zuständen von Körpern zeigen. Die ersteren nennt man geleitete Energien. Zu diesen gehören die Elektrizität, das Licht, die Strahlungswärme, der Magnetismus, die Radioaktivität. Die andere Gruppe ist die der getragenen Energien, bei der die Körperwärme, der Schall, die mechanische Energie, die Attraktion, die Expansibilität, die Elastizität, die chemische Energie genannt werden[3].

c. Nicht beachtet ist bei dieser Aufzählung die Energieform, die, dem Menschen unmittelbar von der Natur verliehen, ihm zur Verfügung stand, bevor er es vermochte, durch Beobachtung sich fremde Energien dienstbar zu machen, seine eigene Arbeitskraft. Rein naturwissenschaftlich gewertet würde die menschliche Energie bei den chemischen ihren Platz finden. Menschliche Arbeit wird geleistet durch unmittelbare Umsetzung chemischer Energien in Bewegung, ein Vorgang, dessen Verlauf im einzelnen noch unbekannt ist. Träger dieser Energie ist jedoch der Mensch. Aus der Besonderheit, daß der Träger in diesem Fall ein Rechtssubjekt ist, im Gegensatz zu den anderen Fällen, bei denen es sich um Dinge handelt, die entweder Rechtsobjekt sind oder doch sein können, erklärt sich die Sonderregelung des Schutzes dieser Energieform, die wir im Arbeitsrecht finden. Die Einbeziehung in die übrigen Energien würde wegen der Stellung des Trägers zu tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen führen, die mit der ethischen Einstellung der Gegenwart unvereinbar sind. Der Schutz gilt in erster Linie weniger der Energie als ihrem Träger. „Das Arbeitsrecht hat es zu tun: mit dem Menschen als solchem. Der Mensch als Arbeiter ist das Rechtsgut, das geschützt, aber auch gepflegt, zur Entfaltung gebracht und betreut werden soll"[4].

---

[2] Binding, Strafrecht bes. Teil, II S. 261.
[3] Kloeß, S. 38 ff.
[4] Rosenstock, JW. 1922 S. 561.

Auch bei der tierischen Energie handelt es sich um chemische Energien. Träger ist hier — rechtlich gesehen — eine Sache, das Tier. Eine besondere Behandlung rechtfertigt sich infolgedessen nicht, es sei denn, man geht von der Tatsache aus, daß das Tier als lebendes Wesen die Fähigkeit hat, von sich aus den Energievorrat wieder aufzufüllen, zu regenerieren und immer wieder zu Leistungen befähigt ist. Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen menschlicher, tierischer und anderen Energien besteht ihrem Wesen nach nicht[5].

d. Zweifel bereitet auch die Frage, ob die Eingliederung der elektrischen Energie unter die geleiteten Energien bedingungslos richtig ist. Schuldet die Naturwissenschaft doch noch immer die Erklärung ihres eigentlichen Wesens. Auf die Theoriegeschichte einzugehen, ist hier nicht Raum. Die heute herrschende Auffassung ist kurz folgende:[6] Die Elektrizität ist ein besonderer Stoff, der ebenso ursprünglicher und unabhängiger Natur ist, wie irgend ein anderer chemischer Stoff. Wie jeder andere Stoff ist auch er in kleinste Teile, die Atome, geteilt, die man hier Elektronen nennt. Man unterscheidet zwei Arten, die positiven, Protonen genannt, und die negativen Elektronen.

Die Materie reagiert nun auf elektrische Energie. Bei den Leitern fließt sie durch dieselben derart, daß die negativen in ihm enthaltenen Elektronen sich bewegen, während die Protronen fest mit den gewöhnlichen Atomen des Leiters verbunden sind und bleiben. Die Elektronen fliegen im allgemeinen zwischen den Atomen nach allen Richtungen. Beim Einsetzen von elektrischer Energie findet eine Zunahme in der Richtung des Stromes statt. Diese Zunahme, von Schicht zu Schicht übertragen, bewirkt eine strömungsartige Bewegung der Elektronen. Besteht am Ende des Leiters ein Spannungsunterschied, so fließt dauernd ein Strom, d. h., es gehen dauernd eine gewisse Anzahl Elektronen von der höheren zur niederen Spannung über. Man spricht deshalb in diesen Fällen von Strömungsenergien.

Die kleinsten Teile der Elektrizität stehen in enger Verbindung mit dem Äther. Jede Bewegung eines Elektrizitätsteilchens ruft deshalb zwangsläufig eine Bewegung im Äther hervor. Wird der Gleichgewichtszustand eines Leiters plötzlich gestört, so sucht er sich, ähnlich einem Pendel, in periodisch abflauenden Schwingungen wieder herzustellen. Werden diese Störungen systematisch vorgenommen, so gerät, infolge der Verknüpfung des Äthers und der Elektrizitätsteile, der Äther in Schwingung. Diese verbreiten sich, da der Äther überall zusammenhängt, nach allen Richtungen. Aus der Art dieser Verbreitung heraus hat man derartige Energien als Schwingungsenergie bezeichnet. Neben der Art der Übertragung liegt der Hauptunterschied zwischen beiden Arten der elektrischen Energie vor allem darin, daß die übermittelte Menge bei der Strömungsenergie unverhältnismäßig sehr viel größer ist, als bei der Schwingungsenergie.

---

[5] Budde, S. 26.

[6] Graetz: Elektrizität;, Baerwald, Einführung zu List, Elektrische Strömungs- und Schwingungsenergien.

Mit der atomistischen Erklärung der Elektrizität, ihrer Annahme als Stoff, ist für die juristische Betrachtung nichts gewonnen. Gegenstand des wirtschaftlichen und damit auch des rechtlichen Interesses ist nicht die elektrische Substanz als solche, sondern ihr besonderer Zustand, ihr Bestreben, von der Energiequelle zur Senke zu strömen und dabei ihr entgegentretende Schwierigkeiten zu überwinden.

Bei beiden elektrischen Energieformen handelt es sich um Träger, den Äther und die elektrische Substanz, die sinnlich wahrnehmbar nur durch die Zustände sind, in denen sie sich befinden können, durch die Energien. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß Träger in diesem Falle nicht existieren. Eine vollständige Selbständigkeit der Energien kann nicht angenommen werden. Es liegt dieselbe Entwicklung vor, wie wir sie bei anderen geleiteten Energien, wie dem Licht und der Strahlungswärme, beobachten konnten, die ihre ursprünglich behauptete Selbständigkeit als besondere Körper verloren und als Bewegungserscheinungen des Äthers erkannt wurden.

II. Historischer Teil.

A. a. Als erste Energieform wurde die elektrische Strömungsenergie aktuell und zwang die Gerichte, zu ihr Stellung zu nehmen. Die rasche Entwicklung der Elektrizität brachte es mit sich, daß, bevor noch eine Eingliederung in das Zivilrecht hatte stattfinden können, das Problem von der strafrechtlichen Seite aus beleuchtet werden mußte, da verschiedene widerrechtliche Entziehungen elektrischer Energie vorlagen. Es entstand die Frage, wie diese Handlung, deren Bestrafung das allgemeine Rechtsempfinden verlangte, in das bestehende Strafrecht eingegliedert werden sollte. Infolge der mangelnden Erklärung durch die Naturwissenschaft ergingen die widersprechendsten Urteile. Das Nächstliegende schien zu sein, die Energie wie eine Sache zu behandeln und ihre Entziehung demgemäß als Diebstahl zu bestrafen. Dieser Ansicht trat das Oberlandesgericht in München in seiner Entscheidung vom 15. 1. 1895[7] bei. Dem entgegen erkannte der vierte Strafsenat des Reichsgerichts am 20. Okt. 1896[8]: „Eine Rechtsfrage ist es, ob der Begriff der Sache im Sinne der §§ 242, 246 Körperlichkeit voraussetzt oder nicht. Aber die Entscheidung darüber, ob Elektrizität ein Stoff, ein körperlicher Gegenstand oder eine bloße Kraft, eine Bewegung kleinster Teile ist, die an oder in Körpern unter gewissen Bedingungen stattfindet, kann nicht auf Grund von Rechtsnormen, sondern lediglich auf Grund naturwissenschaftlicher Forschung getroffen werden. . . Es kann daher jedenfalls keine Rede davon sein, daß notorisch oder allbekanntermaßen die Elektrizität ein Fluidum, d. h. ein Stoff flüssiger oder gasförmiger Art sei. Wenn sich daher der erste Richter auf Grund der stattgehabten Beweisaufnahme und namentlich der Ausführung des Sachverständnisses für die Ansicht entschieden hat, daß die Elektrizität kein Fluidum, kein Stoff irgendwelcher körperlichen Art, sondern eine Kraft, ein Zustand sei, in den gewisse Gegenstände durch technische Manipulationen versetzt werden, so ist darin auf keinen Fall ein Rechtsirrtum zu finden". Die Entscheidung wendet sich dann gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts München v. 15. 1. 1895. Die Meßbarkeit der Stromstärke und die Transportfähigkeit bezögen sich nicht auf ein verbrauchtes Stoffquantum, sondern auf die verbrauchte Kraft. Auch die Tatsache, daß diese unter den Lebensgütern mit Verkehrswert eine Stellung einnehmen, lasse den Schluß nicht zu, daß der Elektrische Strom eine körperliche Sache sei. Der unbestimmte Begriff eines Lebensgutes mit Verkehrswert schließe nicht notwendig das Merkmal der Körperlichkeit in sich, indem auch Kräfte, Arbeitsleistungen und geistige Erzeugnisse als solche Lebensgüter bezeichnet werden könnten.

---

[7] Reger, Bd. 16 S. 190.
[8] RGSt. 29/111.

Trotzdem vertrat das Oberlandesgericht München in einer weiteren Entscheidung am 26. 11. 1897 seinen alten Standpunkt[9]. Es führt hier aus, daß die Elektrizität ein im Weltraum vorhandener äußerst feiner Stoff sei, dessen positiver oder negativer Charakter durch Überschuß oder Mangel bestimmt werde. Ähnlich äußerten sich die Strafkammer in Nürnberg und das Landgericht in Elberfeld, das am 8. 12. 1898 auf Grund des Sachverständigergutachtens den elektrischen Strom als „etwas Flüssiges" bezeichnete[10]. Die Revision dieses Urteils führte dann zu der eingehenden Stellungnahme des Reichsgerichts vom 1. 5. 1899. Gestützt auf die römische Definition und die Motive zum preußischen Strafgesetzbuch kommt es zu dem Schluß, daß die Sache des § 242 Körperlichkeit erfordert. Zur weiteren Klärung des Begriffes wird verwiesen auf Anhaltspunkte, die sich finden „einerseits in dem gewöhnlichen Sprachgebrauch des Rechtslebens und in der historischen Entwicklung des strafrechtlichen Begriffes, wie sie dem Gesetz zugrunde liegen, anderseits in den übrigen vom Strafgesetzbuch selbst aufgestellten Tatbestandsmerkmalen des Deliktes . . . Nach der herrschenden natürlichen Auffassung . . . kommt die Eigenschaft einer körperlichen Sache nur dem Stoffe, der raumfüllenden Materie zu, das ist der Körper im physikalischen Sinne". Aus dem strafrechtlichen Begriff des Diebstahls ergibt sich das Erfordernis der Körperlichkeit, weil Wegnahme der Sache erforderlich ist. Wegnehmen aber könne man nur eine Sache, die im Gewahrsam eines Menschen stehen könne, die „der faktischen Herrschaft des Einzelnen räumlich, körperlich unterworfen ist. . . Die Elektrizität ist eine Naturkraft, sie kann durch menschliche Tätigkeit nicht erzeugt, geschaffen, sondern nur ausgelöst, in bestimmter Weise den menschlichen Zwecken dienstbar gemacht werden".

In den interessierten Kreisen, juristischen sowohl als naturwissenschaftlichen, erregten die widersprechenden Stellungnahmen der Gerichte einen lebhaften Streit über das Problem, wie ein rechtlicher Schutz für die Energie zu gewähren sei. Von allen drei sich bietenden Möglichkeiten wurde Gebrauch gemacht. Einmal versuchte man den Sachverhalt mit dem Tatbestand eines anderen Paragraphen des StGB. als des § 242 zu erfassen. Die anderen beiden Möglichkeiten waren, entweder den Nachweis zu führen, daß die elektrische Energie eine körperliche Sache sei oder den Rahmen der Körperlichkeit dieses Begriffes derart weit zu fassen, daß die elektrische Energie von ihm umspannt wurde.

Zur Klärung der Streitfragen boten sich, um eine einheitliche Rechtsprechung zu erzielen, zwei Möglichkeiten. Die erste wäre eine entsprechende Interpretation des § 242 von Seiten des höchsten Gerichtes gewesen. Wenn auch keine Bindung der übrigen Gerichte an die Auffassung des Reichsgerichts gegeben ist, so wäre doch im Endergebnis diese Auffassung Gemeingut geworden. Das Reichsgericht hatte in der klaren Erkenntnis, daß eine derartige Maßnahme zur Trübung des Diebstahlbegriffes führen würde, hiervon keinen Gebrauch gemacht.

---

[9] DJZ. 1898 S. 23.
[10] vgl. dazu RGZ. 67, 232. 86, 13.

Die zweite Möglichkeit war, gesetzgeberisch vorzugehen und entweder einen Zusatz zum § 242 derart zu schaffen, daß die Entwendung elektrischer Energie wie Diebstahl zu bestrafen sei, oder die Schaffung eines neuen, speziellen Gesetzes. Der letzte Weg wurde gewählt. Es erging das Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit vom 9. 4. 1900. Den unmittelbaren Anlaß dazu bot eine Eingabe vonseiten des Verbandes deutscher Elektrotechniker im Jahre 1890. Gedacht war es als Notgesetz für eine Materie, die ihre endgültige Regelung bei der allgemeinen Reform des StGB finden sollte.

b. Die Fassung des Gesetzes bereitet insofern einiges Befremden, als sie teilweise in enger Anlehnung an den Diebstahlstatbestand erfolgte, obwohl doch gerade von Seiten der herrschenden Meinung eine strikte Ablehnung der Subsumierungsmöglichkeit unter den Tatbestand dieses Paragraphen erfolgt war.

Ist doch der Begriff „fremd" dem § 242 StGB entnommen, das „Entziehen" findet eine Parallele im „Wegnehmen", der „zur ordnungsmäßigen Entnahme nicht bestimmte Leiter" erinnert an § 243,3 „zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge". Dagegen fehlt die Einschränkung des § 242, wonach „einem anderen" weggenommen werden muß. Daraus ist zu folgern, daß für die Verfügungsberechtigung über die elektrische Arbeit das Eigentum an den erregenden Maschinen nicht maßgeblich sein braucht. Gegenstand des Deliktes ist elektrische Arbeit. Es ist nun eine besondere Eigenart der elektrischen Energie, praktisch, d. h. abgesehen von der Leidener Flasche, nur als Bewegungsenergie zu existieren[11]. Diese Annahme scheint im Gegensatz zu den in einem Akkumulator sich abspielenden Vorgängen zu stehen. Wie jedoch schon Kohlrausch nachgewiesen hat, handelt es sich bei der in einem solchen Apparat aufgespeicherten Energie nicht um elektrische, sondern um chemische Energie. Durch das Laden finden bestimmte chemische Umsetzungen an den Beiplatten und der diese umgebenden Flüssigkeit statt, die einen Spannungszustand bilden. Diese, bis zur Inbetriebnahme ruhende, chemische Energie schafft neue, elektrische Bewegungsenergie. Die Umsetzung erfolgt nur, wenn die Voraussetzung für ein Strömen geschaffen und der Stromkreis geschlossen wird. Auch hier ist keine ruhende elektrische Energie möglich, wie ihr überhaupt jede Speicherfähigkeit fehlt. Infolgedessen kann mit dem Ausdruck „Arbeit" nur der Vorgang gemeint sein, der in der Apparatur des Verbrauchers stattfindet, d. h., die auf die Überwindung eines Widerstandes gerichtete Tätigkeit. Für eine andere Auffassung wäre Voraussetzung, daß es einen Ruhezustand der elektrischen Energie gäbe, sodaß ein gewisses Produkt, ein Energievorrat vorhanden wäre, den man mit dem Wort „Arbeit" hätte kennzeichnen wollen. Da es diesen Ruhezustand nicht gibt, bleibt nur die Möglichkeit, daß der Vorgang damit bezeichnet ist. Auch die Kommissionsberichte, die Kohlrausch erwähnt, zwingen nicht zu einer anderen Auffassung[12]. Denn, wenn es dort heißt: „elektrische Arbeit sei etwas wesentlich anderes als elektrische Ener-

[11] List, Elektr. Strömungs- und Schwingungsenergie. Abschn. I.
[12] Kohlrausch, S. 487.

gie. Die elektrische Arbeit sei die Leistung des elektrischen Stromes, der elektrischen Energie", so erklärte der naturwissenschaftliche Sachverständige dazu: „Zwischen den Begriffen elektrischer Arbeit und elektrischer Energie mache der Gebrauch der Physik sowie der wissenschaftlichen Elektrotechnik keinen Unterschied. . . . . Einen Unterschied der Bedeutung von Arbeit und Energie nachträglich einführen zu wollen, erscheine bedenklich".

Unter dem Begriff „fremd" versteht man allgemein, nach dem Recht des BGB im Eigentum einer anderen Person stehend. Da das BGB nun ein Eigentum an Grundstücken und beweglichen Sachen kennt, elektrische Arbeit nach dem Gesetz aber nur der in den Apparaten des Nutzenden sich zutragende Vorgang sein kann, muß, da dieser Vorgang nicht im Eigentum stehen kann, das „fremd" eine andere Deutung erfahren. Der Gebrauch der elektrischen Arbeit ist ihr Verbrauch: „Die tatsächliche Verfügungsgewalt, d. i. die Möglichkeit zum Verbrauch der elektrischen Arbeit hat, wer diesen Verbrauch durch Einschaltung und Ausschaltung nach seinem Belieben regeln kann. Durch den Verbrauch übt er die weitestgehende Verfügung über die elektrische Arbeit aus, die nur dem Berechtigten zusteht"[13]. Nach dieser Entscheidung ist fremde elektrische Arbeit solche, über die dem Verbraucher kein Verfügungsrecht zusteht. Die Bestimmung, wer berechtigt ist, richtet sich naturgemäß nach bürgerlichem Recht.

Das Gesetz unterscheidet zwischen einer „elektrischen Anlage und Einrichtung". Die Begründung[14] läßt den Unterschied dahin fassen, daß unter Einrichtungen Speicheranlagen fallen sollen, während unter Anlagen solche Vorrichtungen zu verstehen sind, die nach dem jeweiligen Bedarf fortlaufend elektrische Arbeit erzeugen. Diese Unterscheidung läßt sich mit dem tatsächlichen Geschehen nicht in Einklang bringen. Die elektrische Energie tritt praktisch nur im Bewegungszustande in Erscheinung. Einrichtungen sind demnach, zur Zeit jedenfalls noch Vorrichtungen, die es ermöglichen, die elektrische Energieform in eine andere zu verwandeln, die einen Ruhezustand kennt, um aus dieser Form je nach Bedarf neue elektrische Arbeit zu erzeugen. Jede Anlage ist deshalb auch Einrichtung, eine Unterscheidung beider Begriffe ist nicht gerechtfertigt.

Wie das „wegnehmen" des § 242 hat auch das „entziehen" einen unfreiwilligen Verlust zur Voraussetzung. Kohlrausch[15] versteht unter entziehen jede Handlung, die zur Folge hat, daß sich nach ihrer Vornahme weniger elektrische Arbeit in der Anlage oder Einrichtung befindet als vorher. Auch diese Erklärung hätte für ihre Richtigkeit einen gewissen Vorrat zur Voraussetzung. Es könnte deshalb nur gesagt werden: Entziehen ist jede Handlung, die eine Verfügung über elektrische Arbeit darstellt, weil sie einen Verbrauch derselben zur Folge hat.

---

[13] Entsch. 20. 10. 1908. vgl. dazu Entsch. 23. 10. 1911 „Fremd ist der Strom, soweit auf dessen Verbrauch der Vertrag kein Recht verleiht." (RG. St. 42, 19. 45, 230.

[14] Begründung S. 3.

[15] Kohlrausch, S. 497.

Die Entziehung muß mittels eines Leiters erfolgen. Leiter in diesem Sinne ist jede Vorrichtung, die vermöge ihrer physikalischen Fähigkeit den elektrischen Strom fortleitet. Besondere Erfordernisse an die Art oder Beschaffenheit des Leiters werden nicht gestellt[16]. Es ist nicht einmal direkt Übertragung nötig, auch die Stromerzeugung durch Induktion genügt[17].

Der Leiter darf zur ordnungsmäßigen Entziehung nicht bestimmt sein. Die Bestimmung der Ordnungsmäßigkeit erfolgt, ähnlich wie beim Werkzeug des § 243, 3 rein subjektiv durch den Berechtigten[18].

Beim subjektiven Tatbestand muß neben dem Vorsatz die Absicht der Zueignung bestehen. Man sollte annehmen, daß diese Absicht der Wille wäre, sich den wirtschaftlichen Wert der elektrischen Arbeit zu sichern. Das Reichsgericht hat jedoch interpretiert, daß der Wille, die Arbeit zu verbrauchen, schon diese Absicht verkörpere. Bei der Besprechung des Gesetzes war bemängelt worden, daß es hieße „sich zueignen". „Warum nicht 'sich oder einem anderen'?" fragt Kahl[19 20]. Aus dem oben gesagten geht hervor, daß das Reichsgericht die von Kahl vermeinte Lücke im Gesetz nicht anerkennt. Bei der in Frage stehenden Entscheidung[21] ist der Sachverhalt kurz folgender: Der Angeklagte hatte der elektrischen Beleuchtungsanlage des abwesenden Installateurs E. ohne dessen Wissen elektrische Arbeit mittels eines den Zähler umgehenden Leiters zugeführt. Die Entscheidung führt dazu aus: Indem der Angeklagte die Beleuchtungsanlagen des abwesenden E. in der Weise in Betrieb setzte, daß er . . . den elektrischen Strom . . bevor er den Zähler erreicht hatte, mittels eines Drahtes der Leitung entnahm, verbrauchte er elektrische Arbeit . . . In diesem Verbrauch besteht ihr Gebrauch. Die tatsächliche Verfügungsgewalt hat, . . . wer diesen . . . Verbrauch nach seinem . . . Belieben regeln kann . . . Der Wille, diesen Verbrauch als Täter vorzunehmen, ist der Wille der Zueignung. Handelte der Angeklagte mit der Absicht, die dem E. nicht gelieferte, diesem also fremde Energie zu verbrauchen, so handelte er auch in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen. Daß der wirtschaftliche Nutzen nicht dem Angeklagten, sondern dem Ladeninhaber E. zugewendet werden sollte, ist ohne entscheidende Bedeutung".

Der Tatbestand des § 2 verweist auf den des § 1, nur werden hier vor allem die Fälle erfaßt, bei denen dem Täter die Schädigung des Berechtigten Hauptanlaß zur Tat war.

Die Abgrenzungen der Vorbereitungshandlungen vom Versuch und der Vollendung richten sich nach allgemeinen Grundsätzen und bieten keine Besonderheiten.

B. a. Die zweite Art aus der großen Gruppe der Energieformen, die eine gesetzliche Regelung verlangte, war die elektrische Schwin-

[16] vgl. RG. v. 22. 10. 1909.
[17] Begründung S. 4.
[18] vgl. RG. v. 28. 4. 1908.
[19] DJZ. S. 33.
[20] Ähnlich Thomsen, Recht 1900 S. 96.
[21] RGSt. v. 20. 10. 1908.

gungsenergie, die in der Form des Funk in den Verkehr trat. Da sich ein Unterschied zwischen Strömungs- und Schwingungsenergie lediglich durch die Art der Übertragung und in quantitativer Hinsicht machen läßt, würde sich, rein technisch gewertet, für beide Formen die gleiche rechtliche Behandlungsweise ergeben. Die besondere Art der Benutzung, die bisher nur in der Form der Nachrichtenübermittlung stattfindet, ergab jedoch die Notwendigkeit einer hoheitsrechtlichen Regelung. Der Zwang hierzu lag einmal in der besonderen politischen Gliederung des Reiches. Zum anderen war auch der Gesichtspunkt maßgebend, daß man Privatgesellschaften, denen Rentabilitätsrücksichten immer gewisse Beschränkungen auferlegen, die Fähigkeit, eine derart wichtige Aufgabe des öffentlichen Verkehrs zu erfüllen, nicht zutraute. „Das öffentliche Wohl erfordere, daß das Reich, welches ausschließlich im öffentlichen Interesse handele, denselben (Schnellnachrichtenverkehr) in der Hand behalte, und zwar nicht nur den durch elektrische Kraft, sondern auch den etwa durch neu zutagegetretene Naturkräfte zu vermittelnden, z. B. die akustische und die optische Telegraphie" (R.T. Druck 90/92 Anl. No. 460 S. 2702). Diese hoheitsrechtliche Regelung, die zunächst noch einige Ausnahmen zuließ, hat sich dann bis zur Gegenwart zu einem lückenlosen Ganzen verstärkt. Diese Entwicklung steht im Gegensatz zu der einiger anderer Länder, insbesondere Englands und Amerikas, in denen das Hoheitsrecht immer mehr zurücktrat.

Die erste gesetzliche Regelung in Deutschland war das „Gesetz betreffend das Telegraphenwesen des deutschen Reiches vom 6. April 1892." In diesem Gesetz ist im § 1 das Funkhoheitsrecht des Reiches begründet: „Das Recht, Telegraphenanlagen für die Vermittlung von Nachrichten zu errichten und zu betreiben steht ausschließlich dem Reich zu." Unter dem Begriff der Telegraphenanlage versteht das Gesetz im Anschluß an die vorher ergangene Entscheidung des RG. (19, 58): „Jede Nachrichtenbeförderung, welche nicht durch den Transport der körperlichen Träger der Nachricht von Ort zu Ort, sondern dadurch bewirkt wird, daß der an einem Orte zum sinnlichen Ausdruck gebrachte Gedanke an einem anderen, entfernteren Orte sinnlich wahrnehmbar wiedererzeugt wird, fällt dem Wesen der Telegraphenanstalten anheim." Es war streitig, ob der § 1 das Hoheitsrecht begründete. Nach anderer Ansicht ist dies erst durch die Novelle von 1908 erfolgt. Das Urteil des Reichsfinanzhofes[22] spricht sogar davon, daß das Reich sich erst durch die Notverordnung vom 8. März 1924 dieses Recht „verschafft" habe. Es war Neugebauer, der aus den Beratungen zum TG. den Nachweis führte, daß diese Ansichten irrig sind.

Es macht für den Begriff des § 1 TG. keinen Unterschied, ob bei Verwendung von Elektrizität bestimmte Leiter zur Fortpflanzung der Energie in Form von Schwingungen oder in anderer Gestalt benutzt werden oder ob von der Anwendung von Verbindungsleitungen metallischer oder sonstiger Art abgesehen wurde. Neugebauer folgerte das mit Recht aus den Beratungen über das TG. Dort wurde der Antrag, das ausschließliche Recht des Reiches aus dem TG. auf solche Methoden

[22] RFH. Bd. 17. S. 73.

elektrischer Nachrichtenübermittlung zu beschränken, die zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes für den allgemeinen Verkehr benutzt wurden, abgelehnt. Daraus folgt zweifelsfrei die Absicht des Gesetzgebers, neue, erahnte Erfindungen schon mit diesem Gesetz zu erfassen. Es fallen — und das ist herrschende Ansicht — sämtliche Funkanlagen, gleich welcher Art und Größe, unter den Begriff des § 1 TG.

Von dem Regal hatte der § 3 TG. einige Ausnahmen zugelassen. Mit der gesteigerten Gebrauchsfähigkeit der Apparaturen und der daraus folgenden Vergrößerung des Funkverkehrs erwies sich dieser Zustand im Interesse der Landessicherheit und eines geordneten Funkwesens als untragbar. Außerdem ergab sich die Pflicht zu einer ergänzenden Regelung aus dem am 3. 11. 1906 in Berlin abgeschlossenen internationalen Funkentelegraphenvertrag. Es erging deshalb die Novelle zum TG. vom 7. 3. 1908[23]. „Elektrische Telegrafenanlagen, welche ohne metallische Leitungen Nachrichten vermitteln, dürfen nur mit Genehmigung des Reiches errichtet oder betrieben werden." Durch diese Novelle wurde den im TG. bestehenden Ausnahmen ein Ende bereitet, nicht etwa erst das Hoheitsrecht begründet.

Hatten die Schöpfer des TG. auch die kommende Entwicklung geahnt und mit dem Gesetz zu erfassen versucht, war die durch § 3 TG. bestehende Lücke durch die Novelle geschlossen, so konnte diese Regelung doch für Ausmaße, wie sie der Funk in den Nachkriegsjahren annahm, nicht ausreichen. Die Strafvorschriften erwiesen sich als nicht scharf genug. Als besonders fühlbarer Mangel trat hinzu, daß das TG. den Versuch straffrei ließ und den Überwachungsorganen ihre Aufgabe erschwerte. Besonders bedrohlich wurde dieser Zustand durch die politische Konstellation, die den Funk bei nicht rechtzeitigem Eingreifen zu einer Gefahrenquelle für den Staat werden lassen konnte. Die Zahl der unberechtigten Sender und Hörer nahm immer mehr zu und drohte in ein Funkchaos auszuarten. Der Weg der förmlichen Gesetzgebung schien zu zeitraubend. Die Reichsregierung sah sich deshalb gezwungen, von dem in Art. 48 RV. gegebenen Recht Gebrauch zu machen und die Verordnung zum Schutze des Funkverkehrs vom 8. 3. '24[24] zu erlassen. Diese Notverordnung wurde dann abgelöst durch das Gesetz zur Änderung des Telegraphengesetzes vom 3. 12. 27[25]. Ihren endgültigen Niederschlag fand die Regelung dann in dem Gesetz über Fernmeldeanlagen vom 14. 1. 1928[26].

b. Das Gesetz schafft für die drei, vom TG. erfaßten Nachrichtenübermittlungsarten, den Telegraphen-, den Fernsprech- und den Funk-Verkehr den Ausdruck Fernmeldeanlagen. Es ist dies keinesfalls ein neu geschaffener Überbegriff, sondern er hat als Ersatz des Wortes Telegraphenanlage lediglich terminologische Bedeutung. Gleichzeitig beendet das Gesetz den bestehenden Streit, ob Funk gleich Rundfunk gesetzt werden könne[27]. Man hatte ausgehend von dem Begriff der „Nach-

[23] RGBl. S. 79.
[24] RGBl. I S. 273.
[25] RGBl. I S. 331.
[26] RGBl. I S. 8.

richtenübermittlung", den Rundfunk als eine einseitige Mitteilung, im Gegensatz zum Funk-Verkehr, der Zweiseitigkeit voraussetzte, zu trennen versucht[27]. Der „Rundfunk dient nicht dem gegenseitigen Nachrichtenverkehr, sondern es findet nur eine Übertragung von der Sende- zur Empfangsstelle statt . . . Die Aufgabe besteht nicht mehr in der Überbringung von Nachrichten für einen Auftraggeber. Das Reich gibt vielmehr selbst Mitteilungen aus und sorgt für ihre Verbreitung" (Reichsfinanzhof). Ähnlich äußerte sich Staedler[28], der ausführt, es fehle dem Rundfunk jedes Merkmal einer Nachrichtenkorrespondenz. Es sei nicht nur technisch unmöglich, daß beim Unterhaltungsrundfunk Sender und Hörer auf funktelephonischem Wege miteinander in Nachrichtenaustausch einträten, auch sachlich sei ein solches nicht angestrebt. Dieser Einseitigkeit ist eine derartige Bedeutung nicht beizumessen. Gibt es doch, wie Neugebauer[29] dem entgegenhält, als zweiseitige Übermittlung nur den Fernsprecher. Als einseitigen Nachrichtenverkehr nennt er außer dem Rundfunk den telegraphischen Blindverkehr, der trotz seiner Einseitigkeit zweifellos Nachrichtendienst sei.

Zur Klärung dieser Meinungen gibt das Gesetz in § 1 eine Definition der Funkanlagen als „elektrische Sendeeinrichtungen sowie elektrische Empfangseinrichtungen, bei denen die Übermittlung oder der Empfang der Nachrichten, Zeichen, Bildern oder Tönen ohne Verbindungsleitungen oder unter Verwendung elektrischer, an einem Leiter entlang geführter Schwingungen stattfinden kann." Die gesetzliche Erklärung hat demnach ausdrücklich auf den im TG. enthaltenen Zusatz „für die Vermittlung von Nachrichten" verzichtet, sodaß, zumindest technisch gewertet, ein Zweifel darüber, ob der Rundfunk im Gegensatz zum Funk nicht unter das Gesetz fällt, nicht möglich ist. Eine andere Frage ist, ob dem Wesen des Rundfunk eine derart rein technische Eingliederung gerecht wird. Denn neben der Aufgabe des Verkehrsmittels ist der Rundfunk immer mehr zu einem Kulturfaktor geworden, der eine auf ihn besonders zugeschnittene Behandlung beanspruchen kann[30]. List[31] hat erstmalig auf diese Seite des Rundfunks hingewiesen, als er schrieb: „Der Rundfunk ist in seiner geistigen Seite kein Verkehrsmittel, auch kein einseitiges, sondern eine neuartige Vortragsform geistiger Werke, in einem gewissen Gegensatz etwa zur Presse als einer Vervielfältigungs- und Verbreitungsform durch Werkexemplare". In ähnlicher Richtung bewegt sich Hoffmann[32], wenn er für den Funk als das Wesentliche die Vermittlung ansieht, während der Rundfunk durch seinen Zweck, nämlich Kulturträger zu sein, bestimmt wird.

---

[27] vgl. Reichsfinanzhof 17, S. 73. Staedler, Rechtsprinzipien des Funkverkehrs, Arch. f. F. 1930 S. 212 ff. List, Die Rundfunkstörungen im deutschen Privatrecht S. 17.

[28] Rechtsprinzipien des Funkverkehrs. Arch. Funk 1930 S. 212.

[29] Neugebauer, Fernmelderecht, S. 86.

[30] Arch.f.F. 1932 S. 16. Zur Frage einer internationalen Funkrechtsvereinbarung.

[31] ebenda.

[32] Hoffmann, Privatrechtliche Probleme des Rundfunks, D.J. 1932, S. 779/780.

III. Bürgerlich-rechtliche Betrachtung der Energie.

A.a. Um zu einer Eingliederung der Energie in unser Rechtssystem zu kommen, ist es erforderlich, sie vom Standpunkt des bürgerlichen Rechtes zu betrachten. Es ist zunächst zu prüfen, ob sie eine Sache sein können.

Im deutschen Privatrecht definiert Gierke die Sache: „Zur Sache eignet sich jeder Bestandteil der äußeren Güterwelt, der im Verhältnis der Menschen zueinander einer für anderen Willen bindenden Willensherrschaft unterworfen werden kann“[33]. Er unterscheidet dann in körperliche Sachen, das sind räumlich begrenzte Stücke der äußeren Güterwelt in der Totalität ihrer zu rechtlicher Beherrschung geeigneten Beziehungen, und unkörperliche Sachen. Diese sind ein ideell begrenzter Ausschnitt aus dem zu rechtlicher Beherrschung geeigneten Beziehungen der äußeren Güterwelt[33].

Beide Arten von Sachen sind fähig, Gegenstand des Sachenrechts zu sein, obwohl primär das Sachenrecht zunächst auch hier für die körperlichen Sachen ausgebildet ist. Es wird auf die einzelnen Arten von unkörperlichen Sachen in ungleichem Umfang übertragen und hierbei dem Wesen der betreffenden Sache angepaßt[34]. Das Eigentum ist daher nicht an die Voraussetzung der Sinnfälligkeit des Gegenstandes gebunden[35].

Entgegen dem deutschen Privatrecht hat das BGB in § 90 für die Sache Körperlichkeit für erforderlich gehalten. Diese atomistische Fassung des Sachbegriffes erklärt sich aus der um die Jahrhundertwende herrschenden materialistischen Einstellung. Der Begriff deckt sich mit dem des gemeinen Rechtes[36], das ihn aus dem römischen Recht übernahm und steht in starkem Gegensatz zu der Weite der im allgemeinen Landrecht gegebenen Definition[37].

Den körperlichen Sachen stehen im BGB die Rechte gegenüber, die man hier mit Tuhr als „unkörperliche Sachen“ bezeichnet[38]. Für die körperlichen Sachen und die Rechte zusammen wird der farblose Ausdruck „Gegenstand“ geprägt.

Gegen diese Art der Begriffsscheidung wendet sich Gierke[39]: Die Trennung von der römischen Schablone sei nur scheinbar, in Wahrheit werde sie unter leichter Abwandlung der Terminologie verewigt. Man

[33] Gierke Bd. 1 § 31 S. 269/70.
[34] ebenda Bd. 2 § 100 S. 3.
[35] ebenda § 120 S. 360.
[36] Windscheid Bd. 1 S. 689.
[37] ALR. I 2. Titel § 1, § 3.
[38] v. Tuhr, Bd. 1 S. 318.
[39] Gierke, Entwurf S. 43 ff.

habe nicht überall das Recht von seinem Objekt getrennt, sondern habe das Eigentum als Recht mit dem beherrschten Sachkörper identifiziert. Die übrigen Rechte habe man als „unkörperliche Sache" mit den „körperlichen Sachen" in Parallele gesetzt. Die Gleichsetzung unvergleichbarer Dinge, der Naturgegenstände und Rechte, habe man vermeiden wollen, was aber nur scheinbar gelänge, denn tatsächlich würden Sachen und Rechte nebeneinandergestellt. Unter Sachen sei in Wahrheit das Eigentumsrecht an körperlichen Gegenständen gemeint, denn das Sacheigentum sei nichts als ein Recht, das im Wesen und Rang den übrigen gleichsteht. Entweder könne das Vermögen, dem Wortsinn nach zunächst nur subjektiv verstanden, nur Rechte enthalten, dann falle das Eigentum darunter, oder, müsse man es objektiv verstehen, dann neben den Sachen die Rechte in der Bedeutung, daß man mit diesem Ausdruck nicht mehr eine bloße Beziehung zur Außenwelt darstelle, sondern daß er ein Stück der äußeren Güterwelt bedeute. Denn es stehe fest, daß sich die unkörperlichen Sachen nicht mit den Rechten decken, sondern gleich den körperlichen Sachen nur Gegenstände von Rechten seien. Der Begriff der „unkörperlichen Sache" sei neben dem der „körperlichen" unentbehrlich. Die Urheberrechte an Geistesgütern, die Erfinderrechte, die Rechte an Firmen, an Marken fielen völlig ins Leere, wenn Grenze der Rechtsobjekte die Körperlichkeit sei.

Gierke ist insofern Recht zu geben, als diese Art der Einteilung keineswegs glücklich zu nennen ist. Tatsächlich ist im Gesetz häufig auch der Ausdruck Sache nur für das an der Sache bestehende Eigentum gebraucht. Das beweisen die Stellen, an denen das Gesetz unter dem Ausdruck Gegenstand Sachen und Rechte zusammenfaßt, tatsächlich aber das Eigentum und sonstige Rechte unter dieser Bezeichnung verstanden haben will[40]. Es wäre eine Begriffsbildung im Sinne Gierkes klarer und systematisch richtiger gewesen.

Mit dem Inkrafttreten des BGB ist der Streit für das geltende Recht gegenstandslos geworden. Sache ist nur körperlicher Gegenstand. Darum geht die fast einstimmige Ansicht in der Literatur heute dahin, daß es nicht möglich ist, die Energien als Sachen im Sinne des BGB anzusehen[41]. Für den Versuch einer bejahenden Betrachtung boten sich zwei Möglichkeiten. Die Beantwortung der ersten, nämlich, ob die Energie das Erfordernis der Körperlichkeit erfüllt, zu geben, ist Aufgabe der Naturwissenschaft. Wenn diese die Energien als Zustände von Körpern erklärt, so spricht sie ihnen damit gleichzeitig begrifflich die Körperlichkeit und die Selbständigkeit ab, verneint also die Möglichkeit einer solchen Eingliederung. Trotzdem glaubte Dernburg[42], die Körperlichkeit nachweisen zu können, wenn er ausführt: Elektrizität ist eine Kraft, die unzweifelhaft Körpern zugehört. Eine jede Wirkung in der Welt muß notwendig auf ein Ding, einen Stoff zurückgeführt werden, der

[40] v. Tuhr Bd. 1 S. 318.

[41] verneint wird die Körperlichkeit der Energien: Regelsberger, Pandekten Bd. 1 S. 365; Endemann Bd. 1 § 50 Anm. 10; Enneccerus Bd. 1 § 114 Anm. 7; Cosack § 57 II; Oertmann § 90 Anm. 10; RGRK. § 90 Bem. 2.

[42] Sachenrecht S. 3; DJZ. 96 S. 474; DJZ. S. 76.

ihre Ursache bildet. Denn das Nichts wirkt nichts. Den elektrischen Erscheinungen muß daher etwas Sachliches zu Grunde liegen, das elektrisch wirkt, mag man das nun als elektrisches Fluidum oder als elektrischen Strom bezeichnen, über dessen Natur und nähere Beschaffenheit man freilich noch völlig im Ungewissen ist. Aber daß das elektrische Fluidum etwas Stoffliches ist, kann man nicht in Abrede stellen. Die Entwicklung hat Dernburg darin recht gegeben, daß man die Elektrizität heute atomistisch erklären zu können glaubt[43]. Gegenstand der Betrachtung ist aber nicht der Stoff, von dem er spricht, sondern ein gewisser Zustand, eine hervorgerufene Eigenschaft dieses Stoffes. Die Betrachtung Dernburgs geht demnach von einer Verkennung des wahren Wesens der Energie aus, indem sie die Energie gleich der Trägersubstanz behandeln will.

Der zweite Weg war die Ausweitung des Sachbegriffes derart, daß sich die Energien einreihen ließen. Bei der klaren und eindeutigen Fassung des § 90 BGB mußte dieser Versuch auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Pfleghart[44] macht diesen Versuch. Er erklärt zunächst das Wort Sache, unter dem er alle „Gegenstände in sinnlicher Bedeutung" verstehen will, soweit sie Anlaß zu Streit und Verhandlungen geben können. Neben den Sachen und Rechten gibt es noch Objekte, die sich wie Sachen verhalten, obwohl sie unkörperlich sind. Zu diesen rechnet die elektrische Energie. Diese wird als Rechtsobjekt anerkannt, obwohl sie kein sinnlich wahrnehmbarer Körper ist. Sie hat eine reale Existenz und besteht nicht nur in der menschlichen Vorstellung. Gefolgert wird dies aus der Lokalisierbarkeit, Meßbarkeit und Transportfähigkeit. Demgemäß ist sie den körperlichen Gegenständen gleichzusetzen, ohne daß sie selbst Körperlichkeiten hat. Begründet wird diese Auffassung aus den Motiven[45], wonach die Definition in § 90 BGB lediglich die Rechte nicht zu den Sachen gerechnet haben will. Nach der Meinung Pflegharts ist mit der Behandlung der Energie wie eine körperliche Sache jedoch wenig gewonnen, denn wie er zugibt, müßten die Vorschriften des Sachenrechts geändert werden, um für derartige Sachen angewandt werden zu können.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Kohlrausch[46], wenn er das „körperlich" des § 90 mit „nicht lediglich in der menschlichen Vorstellung existierend" interpretiert. Auch er stützt seine Behauptung auf die Motive[47]. Der Gesetzgeber hat den eigentlichen Dingen, den körperlichen Sachen, die unkörperlichen Dinge, die ihr Dasein nur der intellektuellen Tätigkeit der Menschen verdanken, also nur in der gedanklichen Vorstellung ihr Dasein führen, gegenüberstellen wollen. Da die Elektrizität aber eine höchst reale Existenz besitzt und nicht nur in der gedanklichen Vorstellung besteht, muß sie zu den körperlichen Sachen gerechnet werden. Auch Weinrich bewegt sich letzten Endes in derselben Richtung,

---

[43] Graetz.
[44] Die Elektrizität als Rechtssubjekt, Bd. 1 u. 2 insbes. Bd. 1 S. 40; Arch. f. bürgerl.R. Bd. 24 H. 2, insbes. S. 300.
[45] Motive Bd. 3 S. 32.
[46] Kohlrausch, S. 489.
[47] Motive Bd. 3 S. 2.

wenn er, zurückgehend auf die römische Begriffsbildung, das „tangi posse" mit „sinnlich wahrnehmbar" übersetzt.

Zur Begründung dieser Auffassung werden die Motive genannt. An der von Pfleghart zitierten Stelle heißt es: Die negative Bedeutung des § 778, daß Rechte keine Sachen sind, schließt die Anwendung der für Sachen geltenden Vorschriften auf Rechte aus. Kohlrausch stützt sich auf die Stelle: Hieraus folgt zugleich, daß dingliche Rechte nur stattfinden können an Sachen im eigentlichen Sinne, an körperlichen Dingen. Über Dinge, welche nur in der Vorstellung bestehen, namentlich über Sachgesamtheiten und Rechte, läßt sich eine reale Macht nicht üben.

Die Richtigkeit der Methode, zur Interpretation den Willen des Gesetzgebers heranzuziehen, ist bestritten. Letzten Endes können nicht die Vorarbeiten zum Gesetz den sichersten Anhalt zur Klärung streitiger Punkte geben. Denn mit der Schaffung des Begriffes steht es über dem Willen derer, die es geschaffen haben. Kohler sagt dazu: „allerdings hat das Gesetz keinen Willen in psychologischem Sinne, wohl aber einen Willen im teleologischen Sinne als organisches Zweckbestreben. Und es treten nicht diejenigen Rechtsfolgen ein, welche der Verfasser des Gesetzes beabsichtigt, sondern diejenigen, welche sich aus dem organischen Zweckbestreben des Gesetzes ergeben, welche sich als der Ausfluß des im Gesetz geschaffenen, geistigen Organismus darstellen"[48].

Muß diese Ansicht auch als für das Empfinden der Gegenwart nicht tragbar abgelehnt werden, da dem Streben des Gesetzgebers eine größere Bedeutung beigemessen wird, so ist ihr jedoch insofern Recht zu geben, als die Auswirkungen jedes Gesetzes in seinen fernsten Ausläufern nicht vorausgesehen und durchdacht werden können. Das Gesetz führt demnach ein, wenn auch beschränktes selbständiges Dasein. Während der Dauer seines Bestehens steht es über seinen Schöpfern. Eine sinngemäße Auslegung ist demnach nur im Rahmen seiner Geltung möglich. Zieht man die Motive zur Klärung der Sache heran, so kann diese Klärung jedenfalls nicht dem Gesetz selbst widersprechen.

Die beiden zitierten Stellen stehen in engem Zusammenhang, wird doch jeweils bei der einen auf die andere verwiesen. In dem Abschnitt, den Kohlrausch heranzieht, soll der Begriff der dinglichen Rechte erklärt werden. Aus dem Wortlaut ist nicht unbedingt auf die von ihm vertretene erschöpfende Gegenüberstellung „körperliche Dinge" und „Dinge, welche nur in der menschlichen Vorstellung bestehen", zu schließen, sondern es soll lediglich klargestellt werden, an welchen Sachen dingliche Rechte möglich sind. Es ist zu erwarten, daß der Begriff, auf den es dem Gesetz im wesentlichen ankommt, eindeutig und fest bestimmt ist. Das ist hier die Sache, die als körperlicher Gegenstand fest umrissen ist. Körperlichkeit kann man den Energien nicht zusprechen, das gibt Kohlrausch[49] selbst zu. Infolgedessen kann Energie auch nie Sache sein. Es muß jedoch nicht gefolgert werden, daß Energie dann ein Ding ist, das lediglich in der menschlichen Vorstellung besteht. Denn es handelt sich in den

[48] Über die Interpretation von Gesetzen Grünhut Bd. 12 S. 1.
[49] Kohlrausch S. 463.

Motiven nicht um eine abschließende Gegenüberstellung Sachen — Dinge, die nur in der menschlichen Vorstellung bestehen. Es ist nur gesagt, daß an letzteren dingliche Rechte nicht bestehen können, damit ist also keineswegs ein ausschließlicher Sammelbegriff für unkörperliche Dinge gebildet. Für diese Auffassung spricht auch, daß diese Dinge, an denen dingliche Rechte nicht möglich sein sollen, nur beispielhaft und in keiner Weise endgültig als „namentlich Sachgesamtheiten und Rechte" aufgeführt werden.

Das zweite Zitat ist dem Abschnitt „Begriff der Sache" entnommen. Es wird kurz auf die oben getroffene Regelung, daß dingliche Rechte nur an körperlichen Sachen möglich sein sollen, Bezug genommen und dann gefolgert, daß die negative Bedeutung des § 778, daß Rechte keine Sachen sind, die Anwendung der für Sachen geltenden Vorschriften auf Rechte ausschlösse. Stützt man sich allein auf diese Äußerung, so müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß nur an Rechten keine dinglichen Rechte möglich sein sollen. Diese Feststellung stünde jedoch im Widerspruch zu dem Verweis auf die beispielhafte Aufzählung in dem ersten Zitat, wonach auch an anderen Gegenständen dingliche Rechte nicht möglich sind. Ein derartiger Widerspruch an so kurz aufeinander folgenden Stellen, die außerdem zusammengelesen werden sollen, wäre aber mit der im übrigen zutage tretenden Sorgfalt des Gesetzgebers unvereinbar. Stellung und Wortlaut der Motiväußerung lassen den Begriff des „körperlichen Gegenstandes" eindeutig im Sinne der herrschenden Lehre bestehen. Es ist deshalb nicht möglich, mit Hilfe der Motive den vom Gesetz gezogenen Kreis der sachenrechtlichen Güter zu erweitern. „Die in § 90 gegebene Begriffsbestimmung soll gerade die enge Begrenzung des Umfanges der im BGB. abschließend geordneten und keiner Ausdehnung durch den Parteiwillen fähigen Sachenrechte kundgeben. Die Probe ist darauf abzustellen, ob ein der unmittelbaren Einzelherrschaft des Eigentümers fähiges körperliches Rechtsgut vorliegt"[50]. Das Reichsgericht führt dazu aus: „Nach der herrschenden natürlichen Auffassung, welche den Ergebnissen und dem Sprachgebrauch der Naturwissenschaft entspricht, kommt die Eigenschaft einer körperlichen Sache nur dem Stoffe, der raumfüllenden Materie zu, das ist der Körper im physikalischen Sinne"[51].

Auch im Wege der Analogie ist eine Ausweitung des § 90 nicht möglich. Graßhof versucht sie anzuwenden. Für ihn widerspricht das Begriffsmerkmal der Körperlichkeit der natürlichen Auffassung des Lebens und des Verkehrs. Außerdem sei es mit den Erkenntnissen der Physik unvereinbar. Auf Grund einer Parallele, die er zwischen der elektrischen Energie und zu den Körpern zieht, kommt er zu der Auffassung, daß beide viel gemeinsame Eigenschaften haben und will deshalb für die elektrische Energie den § 90 analog anwenden.

Der Weg der Analogie für den § 90 ist nicht gangbar. Es handelt sich hier nicht um eine Norm oder Rechtsgewährung, sondern um eine aus Gründen der Gesetzestechnik vorgenommene Definition. Diese Defi-

---

[50] Endemann, Bd. 1 § 50, 5. vgl. Regelsberger Jhr. Jahrb. 58/153.
[51] RG. 32, 180.

nition soll erschöpfend alle Rechtssätze umreißen, die einer Gruppe besonders gearteter Rechtsgegenstände, eben den Sachen, eine Sonderstellung gegenüber anderen Rechtsgegenständen einräumen. Eine Analogie würde unmittelbar in den Bezirk der Geltung der dinglichen Rechte eingreifen[52].

b. Ist es nicht möglich, die Energie als körperliche Sache zu betrachten, so ist zu prüfen, ob sie nicht unter die Bezeichnung fällt, die das BGB zu wählen pflegt, wenn es einen weiteren Begriff erfassen will, ob sie nicht „Gegenstand" ist.

Kloeß bezeichnet sie als solche mit den Worten: „Die Energien stellen sich als Verfügungsgegenstände des BGB dar. Unter Gegenständen versteht das BGB solche Dinge, die geeignet sind, einen Gegenstand des Verfügungsgeschäftes einer Person zu bilden"[53]. Da das Hauptbegriffsmerkmal für Kloeß die Verfügbarkeit ist, schließt sich Kloeß dem von Sohm gebildeten Begriff des Gegenstandes an.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre faßt Sohm den Begriff des Gegenstandes enger, indem er ausführt: „Gegenstand im Rechtssinne ist nicht der Rechtsgegenstand als solcher, sondern was Gegenstand eines Verfügungsgeschäftes sein kann, wobei die Verfügung ein die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft ist"[54].

Diese Ausführungen Sohms sind in der Literatur auf ernsthaften Widerstand gestoßen, insbesondere wurden sie von Binder angegriffen[55]. Dieser weist daraufhin, daß der Gegenstand in keiner besonderen Beziehung zur Verfügung steht. „Es ist das allgemeinste, farbloseste Wort, das unsere Sprache für die Vorstellungsobjekte zur Verfügung hat, und deshalb wird es hier gerade absolut ohne jede nähere Bestimmung gebraucht . . ." Da es Gegenstände im BGB gibt, über die, sei es aus tatsächlichen, sei es aus rechtlichen Gründen, nicht verfügt werden kann, so muß die Folgerung daraus gezogen werden, daß nicht die Verfügungsmöglichkeit ein Kennzeichen des Gegenstandes ist[56]. Vielmehr folgt aus der besonderen Art des Gegenstandes, der im Gesetz Eigentum und andere Vermögensbestandteile bezeichnet, eine meist, jedoch nicht immer gegebene Verfügungsmöglichkeit[57]. Der Sohmsche Begriff ist demnach zu mindest noch nicht endgültig geklärt. Es scheint deshalb ratsam, auf die Definition im Sinne der herrschenden Lehre zurückzugreifen.

Als Gegenstand bezeichnet man gemeinhin alle Objekte der Rechte, oder nach Biermann: alles, was aktiver Bestandteil eines Vermögens sein kann. Die Wertung, ob etwas Gegenstand ist, erfolgt weniger durch das Gesetz, als durch die verkehrsübliche Betrachtung. Es fallen neben Sachen und Rechten unter diesen Begriff auch solche wirtschaftlichen

---

[52] vgl. Fuchs, Eug. LZ. 1918 S. 362; Düringer LZ. 18 S. 79; v. Tuhr, Allg. Teil d. BGB. Bd. 1 S. 23.
[53] Kloeß S. 67/68.
[54] Gegenstand S. 7.
[55] Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 34, S. 209 ff; ZHR. 59 S. 1 ff.
[56] vgl. § 1552; § 1522; § 1439 BGB.; vgl. Staudinger, Vorbem. z. § 90 II, 2.
[57] Binder a.a.O.

Güter, die eine gewisse Selbständigkeit aufweisen und über die Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können.

Diese Selbständigkeit fehlt jedoch den Energien. Da sie Eigenschaften von Körpern darstellen, sind sie immer zwangsläufig mit diesen verknüpft. Auch die Meßbarkeit, Transportfähigkeit und Beherrschbarkeit ist von den gewohnten Voraussetzungen derart verschieden, daß wir sie nicht als Gegenstände ansehen können. Hinsichtlich der elektrischen Energie hat man eine solche Selbständigkeit vielfach angenommen. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens ging, von der Unklarheit über das Wesen der Energie begünstigt, immer mehr dahin, auf Lieferung von Energie gerichtete Verträge wie einen Kauf anzusehen und einen Kaufgegenstand, die Energie, anzunehmen. Auch das Reichsgericht schloß sich dem an und führte dazu aus: „daß der elektrische Strom, wenn er auch nach dem heutigen Stande der Naturwissenschaft eine selbständige körperliche Sache nicht ist, doch in der Vorstellung als eine selbständige körperliche Sache erscheinen kann . . . Von der Möglichkeit, den elektrischen Strom als selbständige körperliche Sache vorzustellen, ist die Möglichkeit bedingt, ihn im Rechtssinne wie eine körperliche Sache zu behandeln. Es muß aber auch eine Nötigung, ihn als Sache in dem Sinne, daß er Gegenstand eines Lieferungsvertrages sein kann, anzusehen, anerkannt werden. Im Rechtssinne ist ein wesentlicher Unterschied zwischen dem vom Berufungsrichter aufgestellten Beispiele, der Erzeugung von brennbarem Gas und seiner Leitung in Röhren nach dem Orte, wo das Gas zum Brennen gebracht werden soll, und dem der Herstellung des elektrischen Stromes und seiner Leitung nach dem Punkt, wo die elektrische Beleuchtung stattfinden soll, nicht zu erkennen. Gas und elektrischer Strom sind gleichermaßen Erzeugnisse menschlicher Arbeitstätigkeit. In beiden Produktionsfällen ist aber nicht die menschliche Arbeit, sondern ihr Produkt Gegenstand des die Möglichkeit der Lichterzeugung bezweckenden Vorganges. Diesem Produkt kommt also diejenige Selbständigkeit zu, die es, wie als geeigneter Gegenstand eines dauernden Rechtes, so als rechtlich möglichen und nach dem Wortlaut der vorliegenden Verträge, als gewollten Gegenstand der Lieferungsverträge erscheinen läßt“[58].

Diese Meinungen gehen von der Voraussetzung aus, daß der Produzent ein gewisses Quantum von Energie produziert, welches er dann mit dem Einschalten des Abnehmers als Sukessivlieferung abgibt. Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, daß man in diesen Fällen von einem Produkt, welches erzeugt und geliefert wird, nicht sprechen kann. Das in der Entscheidung angezogene Beispiel zu der Gaslieferung ist insofern nicht erschöpfend, als hier ein gewisser Vorrat vorhanden ist, der als Gegenstand angesehen werden kann. Bei der elektrischen Energie ist ein solcher Vorrat nicht denkbar, weil sie, praktisch wenigstens, nicht speicherfähig ist, sondern immer nur als Bewegungsenergie in Erscheinung tritt[59]. Der Verbraucher gibt durch sein Einschalten erst den Anlaß zur Erregung und mit dem Aufhören des Verbrauches ist auch keine Energie mehr vorrätig. Somit erscheint eine trennende Wertung und Zerlegung des tat-

[58] RGZ. 17, 271; vgl. auch 56, 409; 67, 232; 86, 12.
[59] vgl. S. 18. d. Arbeit.

sächlich einheitlichen Vorganges derart, daß man die Tätigkeit des Herstellers bis zu einem Produkt, später dann die Lieferung dieses Produktes betrachtet, nicht möglich. Muß man aber von einem solchen Gegenstand absehen, so bleibt, wie es auch das Gesetz betreffend die Entziehung elektrischer Arbeit tut, nur übrig, die Leistung zu betrachten[60]. Diese Leistung ist die Arbeit, d. h. eine Tätigkeit, die gerichtet ist auf die Überwindung eines Widerstandes durch Kraftanwendung. Infolgedessen kann es sich hierbei nicht um einen Gegenstand handeln, sondern um einen zeitlich ausgedehnten Vorgang. Dieses fortschreitende Geschehen ist als ein Prozeß der Vollzug einer räumlichen Veränderung an einem bestimmten Objekt.

c. Die Energie ist mit der Materie auf das engste verknüpft, das eine ist Voraussetzung für das Bestehen des anderen. Man könnte versuchen, diese Betrachtung rechtlich zum Ausgangspunkt zu nehmen. Der Erfolg wäre jedoch gering. Denn das Leben spricht nicht von abstrakten Begriffen, sondern wertet nach den in ewigem Wechsel befindlichen Erscheinungsformen. Von diesen greift der Verkehr bei seiner Betrachtung nur die heraus, die für den konkreten Fall von Bedeutung sind, ohne die andere Seite zu berücksichtigen, sei es im einzelnen Fall nun die dynamische oder die statische. Daraus erklärt sich, daß im Gegensatz zu den Naturgegebenheiten Materie ohne Energie, und umgekehrt, Energie ohne Materie betrachtet werden und Gegenstand der Wirtschaftsbeziehungen sind.

Die Materie wird nach ihren besonderen Erscheinungsarten verschieden bezeichnet. Maßgebend für die Bezeichnung sind Merkmale die ihr anhaften. Diese Merkmale zerfallen in zwei Gruppen. Einmal solche, die unbedingt für eine derartige Bezeichnung erforderlich sind, bei deren Fehlen der Verkehr der Substanz einen anderen Namen gibt. Zum anderen solche Kennzeichen, die vorübergehend auftreten und während ihrer Dauer den Wert der Materie beeinflussen, aber ihr Fehlen rechtfertigt nicht einen anderen Namen für die Materie.

Beide Arten der Merkmale sind juristisch Eigenschaften. Das Gesetz erwähnt das Wort Eigenschaft beim Irrtum, beim Kauf, bei der Miete, beim Werkvertrag. Eine Definition ist vom Gesetzgeber nicht aufgestellt. Auch lassen sich aus der Stellung des Wortes im System des Rechtes keine Schlüsse auf die Begriffsbildung ziehen. Ebensowenig findet ein Forschen nach dem Willen des Gesetzgebers in den Motiven eine Antwort.

Rechtslehre und Rechtsprechung beschränken sich oft darauf, in den einzelnen auftauchenden Streitfragen von Fall zu Fall Stellung zu nehmen, ob etwas Eigenschaft ist oder nicht. Im übrigen geht man auf die Definition des Reichsgerichts im 52. Bde. S. 2 zurück, die eine Wiederholung der für das allgemeine preußische Landrecht getroffenen Entscheidung im 21. Bde. S. 308 ist. Danach sind Eigenschaften: „nicht nur die natürlichen, der Person oder Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, welche in ihren Beziehungen zu anderen Personen oder Sachen wurzeln

[60] vgl. RGRK. § 90 Bem. 2.

und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache in allen oder doch gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen".

1. Es werden zwei Gruppen unterschieden: Die natürlichen Eigenschaften werden als bekannt vorausgesetzt. Für die Erklärung ist auf den Sprachgebrauch zurückzugehen. Danach wird durch seine Eigenschaft ein Ding genauer umrissen, es werden die besonderen Merkmale hervorgehoben. Diese Merkmale, ursprünglich durch vergleichende Wertung mit anderen Objekten gewonnen, wurden später auf Grund eines durch Empirie entstandenen Maßstabes abstrakt vorgenommen. Ein direkter Vergleich mit anderen Dingen fehlt. Das Objekt wird in seiner isolierten Stellung allein betrachtet. Da das empirische Denken zunächst nur die „natürlichen", d. h. der Natur der Sache eng verbundenen Eigenschaften wertet, so folgt, daß es sich um Charakteristika handeln muß, die, mit der Substanz unlöslich verbunden, der Sache immanent sind. Es bleiben daher für die natürlichen Eigenschaften zwei Erfordernisse: sie müssen das Objekt kennzeichnen, Merkmal für dasselbe sein, zum anderen mit ihm in so enger Verbindung stehen, daß eine Trennung nicht möglich ist[61].

2. Wenn der Sprachgebrauch sich anfangs darauf beschränkte, die natürlichen Merkmale als Eigenschaften zu bezeichnen, so kann damit keine endgültige Stellungnahme gewonnen sein. Denn die isolierte Betrachtung eines Dinges kann keine erschöpfende Auskunft über seinen wirtschaftlichen Wert geben. Durch die Stellung, die es zu den anderen Dingen einnimmt, wird seine Gebrauchsmöglichkeit und damit sein wirtschaftlicher Wert beeinflußt. Die Beziehungen zur Umwelt ähneln deshalb den natürlichen Eigenschaften, da auch sie Merkmale einer Sache bilden können. Es liegt im Grunde dasselbe wie bei den natürlichen Eigenschaften vor, nämlich Relationen, nur daß dieselben hier nicht abstrakt sind, sondern direkt das Verhalten zu anderen Dingen im konkreten Fall bezeichnen. Da sich die Stellung zur Umwelt ändern kann, ist es unmöglich, für diese Verhältnisse eine immerwährende Dauer zu verlangen. Der Zeitraum, währenddessen sie bestehen, kann verschieden sein, für die rechtliche Betrachtung genügt er, wenn er lange genug dauert, um auf das Wesen der Sache einen Einfluß derart zu haben, daß der Verkehr durch die Existenz der Verhältnisse oder ihr Fehlen in seiner Stellungnahme zu der Sache beeindruckt wird. Es ist für die Dauer dieses Verhaltens mit Staub[62] darauf hinzuweisen, daß es in letzter Linie immer auf die richtige Erfassung der Lebensverhältnisse ankommt. Wenn zu einer Eigenschaft auch eine gewisse Dauer gehört, so darf doch diese Seite der Begriffsbestimmung nicht zu eng genommen werden, denn auch die vorübergehende Eignung einer Ware zu einem bestimmten Zweck bleibt eine Eigenschaft. Diese Verhältniseigenschaften hat das RG. den natürlichen Eigenschaften gleichgestellt. Ausschlaggebend ist hierfür wohl der Druck des Verkehrs gewesen, der immer bestrebt ist, Begriffe zu erweitern. Denn der Verkehr strebt danach, nicht nur die Verhältniseigenschaften in ihrer Bedeutung den natürlichen Eigenschaften gleichzusetzen, sondern sie sogar durch

[61] vgl. Hillebrand S. 54.
[62] Staub, Anm. 39a zu § 377.

Schaffung neuer, zusammengesetzter Substantiva, in die das Verhalten eingepreßt wird, zu natürlichen Eigenschaften zu stempeln. Ein Beispiel dafür bietet die Luft. Wird dieser Stoff unter Druck gesetzt, so bekommt er eine Eigenschaft, die aus seinem Verhalten zur Umwelt, dem Expansionsbestreben resultiert. Wird jedoch das Substantivum Druckluft geprägt, so wird hier die frühere Verhältniseigenschaft zur natürlichen. — Da weniger das Verhalten als solches, sondern vielmehr das Ergebnis betrachtet zu werden pflegt, so können Verhältniseigenschaften alle möglichen, eine Sache kennzeichnenden[63] Umstände sein. Fortgefallen ist das Erfordernis der Stetigkeit, es genügt eine Beziehung zu anderen Dingen, soweit diese unmittelbar sind, und eine entsprechende Dauer haben. Die Naturwissenschaft erklärt die Energien als Zustände ihrer Träger, kraft deren diese Arbeit zu leisten vermögen. Energie ist demnach ein besonderes Verhalten einer Substanz, und damit eine Eigenschaft. Je nachdem dieses Merkmal für die Bezeichnung der Substanz den Ausschlag gibt, handelt es sich um eine natürliche Eigenschaft des Trägers, oder, wenn sie vorübergehender Natur ist, um eine Verhältniseigenschaft. Danach sind natürliche Eigenschaften ihrer Träger:

Die chemische Energie,
die Energie der radioaktiven Stoffe,

Verhältniseigenschaften sind:

die mechanische Energie, aktuelle und potentielle,
die Körperwärme,
die Strahlungswärme,
das Licht,
der Magnetismus,
die Expansibilität,
die Elastizität,
die Elektrizität.

B. a. Es erhebt sich nun die Frage, ob ein Eigenrecht an den Energien möglich ist. Dieses Recht wurde in der Literatur vielfach angenommen und auf zwei Grundlagen gestützt. Auf die Ansicht derer einzugehen, die zu einem solchen Recht kommen, weil sie die Energien als Sachen im Sinne des § 90 ansehen, erübrigt sich. Die Voraussetzungen beruhen entweder auf einer Verkennung des wahren Wesens der Energien oder stützen sich auf eine irrige Auslegung des § 90 BGB. Zu beiden Ansichten ist bereits oben Stellung genommen. Selbst die Richtigkeit dieser Annahmen unterstellt, würde es nicht möglich sein, die Normen des Sachenrechtes, die ja dann Anwendung finden müßten, für die Energien zu gebrauchen. Es wird jedoch auch ein Eigenrecht an den Energien als bestehend angesehen, ohne daß eine Verkennung der Energie noch des § 90 vorliegt. Kloeß[64] definiert dieses von ihm angenommene Recht als: „das Eigenrecht an Energien ist das Recht zur tatsächlichen, aber nur mittelbar ausübbaren Verfügung und Verwendung von Energien und zur Bestimmung der rechtlichen Verhältnisse an denselben. Das Recht wird als ein

[63] Hillebrand, S. 57. vgl. Schloßmann.
[64] S. 90.

„dem Eigentum sehr nahe verwandtes Recht", ein „unbeschränktes Herrschaftsrecht" dargestellt, das „seine Wurzel in das Recht aus der Persönlichkeit zurückleitet". Vorher hatte Kloeß darauf hingewiesen, daß die Energien der absoluten Selbständigkeit entbehrten und deshalb eine Besitzergreifung durch den Menschen nicht möglich sei, daß sie des Eigentums und aller anderen dinglichen Rechte unfähig wären[65]. Wenn er dann im Gegensatz dazu aus der Möglichkeit, über die Energien mittelbar, das heißt mittels einer Einwirkung auf ihren Träger, zu verfügen, sie auszulösen und dem Gebrauch nutzbar zu machen, auf ein selbständiges Recht schließt, so ist damit kein Beweis erbracht. Später entwickelt er den Werdegang der Persönlichkeitsrechte zu Eigenrechten an Hand von Beispielen[66]. Wenn er folgert, daß auch für das Recht an der Energie eine derartige Entwicklung bestehe, aus der das Eigenrecht erwachsen sei und das sich darstelle als verkehrsfähiges Eigenrecht, das mit den sogen. Immaterialgüterrechten[67] in voller Selbständigkeit bestünde, so sind auch diese Ausführungen nicht als Beweis anzusehen. Weder muß man aus der Verfügungsmöglichkeit auf das Bestehen eines Verfügungsrechtes schließen, noch aus der gewöhnlichen Entwicklung, der man in diesem Fall zumindest vorgreifen würde, da hier ein gesetzlicher Abschluß, wie es bei den angeführten Beispielen der Fall ist, noch nicht stattgefunden hat. Er scheint selbst die mangelnde Überzeugungskraft seiner Ausführungen gefühlt und die Entwicklung mehr de lege ferenda gemeint zu haben, wenn er zum Schluß sagt: das Verfügungsrecht über alle anderen (als der elektrischen) Energien entbehrt bis jetzt noch allen gesetzlichen Schutzes[68].

Auch Sohm nimmt ein Eigenrecht an der Energie an[69], „das Recht an der selbstgewonnenen Energie, das heißt an Naturkräften, die durch wirtschaftliche Tätigkeit für wirtschaftlichen Gebrauch gebunden und bereitgestellt sind". Nach seiner Auffassung entspringt aus der Urheberschaft der Bindung das Persönlichkeitsrecht des alleinigen Gebrauches der wirtschaftlich brauchbar gemachten Kraft. Die Anerkennung des Bestehens eines solchen Rechtes folgert er aus dem Gesetz vom 9. 4. 1900. Dort wird die rechtswidrige Zueignung bestraft. Es wird damit gleichzeitig das Bestehen des Gegensatzes, der rechtmäßigen Zueignung elektrischer Arbeit anerkannt. Demnach ist „das Recht an der Kraft übertragbar". Gegenstand der Verträge auf Lieferung elektrischer Arbeit, die er als Kauf ansehen will, ist das Eigenrecht an der Energie. Dieses Kraftrecht ist aus einem persönlichen Eigenrecht zu einem Vermögensrecht geworden. Mit Recht hat Binder[70] demgegenüber darauf hingewiesen, daß nicht nur absolute Rechte Kaufgegenstände sein können. Der Vertrag auf Lieferung von Energie läßt nur ein Forderungsrecht gegenüber dem Verpflichteten entstehen. — Ein Gegenstand, an dem der Verpflichtete das Eigenrecht verschaffen soll, ist zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht vorhanden.

---

[65] Kloeß S. 62.
[66] ebenda S. 91 ff.
[67] ebenda S. 94.
[68] ebenda S. 117.
[69] Jh.Jb. 53 S. 384.
[70] Arch. f. Bürgerl. Recht 34 S. 255. ZHR. 59 S. 1.

Auch aus dem Schutzgesetz für die elektrische Arbeit läßt sich ein solches Recht nicht folgern. Kloeß wie Sohm geben einen zivilrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823, wobei sie nicht erwähnen, auf welchen Abschnitt dieses Paragraphen sie ihn stützen wollen. Konsequenterweise müßten sie den Absatz I anwenden. Es kann jedoch nicht angenommen werden, daß durch die Schaffung eines Schutzgesetzes ein „sonstiges Recht" des § 823, I geschaffen wird. Der Absatz 2 dieses Paragraphen würde dann völlig sinnlos sein, da er nur denselben Zweck anstreben würde, der schon durch Abs. I erreicht ist. Weder durch die Ausführungen von Klöß noch durch die von Sohm läßt sich die Annahme eines Eigenrechtes de lege lata an den Energien rechtfertigen.

Eine andere Frage ist, ob sich nicht de lege ferenda die Schaffung eines derartigen Eigenrechtes empfiehlt. Durch die Weiterentwicklung werden immer mehr die Energien zum Mittelpunkt von Rechtsbeziehungen. Die Träger werden naturgemäß möglichst wertlos gewählt, treten deshalb immer mehr in den Hintergrund, um teilweise gänzlich unbeachtet zu bleiben. Dadurch gewinnen die Energien eine scheinbare Selbständigkeit, die es nötig machen wird, eine besondere zivilrechtliche Regelung für diese Arten zu schaffen.

b. Die Energien sind Eigenschaften ihrer Träger. Da ein Eigenrecht für sie nicht besteht, kann die Berechtigung zur Verfügung über die Energien nur ein Ausfluß des Rechtes am Träger sein. Aus dem Recht an dem Träger kann die Berechtigung über die Energien, die ihm innewohnen, zu verfügen, nach zwei Richtungen gehen. Sie kann einmal darin bestehen, ihn mit Energie zu laden, oder ihm eine vorhandene Eigenschaft, die Energie, zu entziehen.

Ausgeschlossen von der Betrachtung sind die Energien, deren Träger der tatsächlichen Beherrschungsmöglichkeit überhaupt entzogen sind, die weder Sachen im Sinne des bürgerlichen Rechtes noch solche verkehrsunfähigen Sachen, die allen Menschen gemeinschaftlich sein können, sind. Stehen Sachen im Eigentum eines Menschen, so ist die Verfügungsberechtigung ein Ausfluß dieses Eigentums, insbesondere des § 903 BGB. „Der Eigentümer kann mit der Sache nach seinem Belieben verfahren". Ebensogut kann die Berechtigung eine andere unmittelbare rechtliche Grundlage haben, wie Miete, Pacht, Leihe, bei denen der vertragsmäßige Gebrauch eine Entziehung der Energie des gemieteten, gepachteten oder geliehenen Gegenstandes enthalten kann. Auch diese Berechtigungen gehen mittelbar auf das Eigentum zurück, da der Eigentümer als der primär Berechtigte einem anderen das Recht einräumt.

Neben Trägern, die im Eigentum stehen, können auch öffentliche Sachen als Energiespender in Frage kommen. Auszuscheiden sind hierbei von dem Begriff der öffentlichen Sachen einmal das Finanzvermögen, d. h. die Sachen, die durch ihren Kapitalwert und ihren Ertrag Geldmittel erbringen, die zur Bestreitung der bei der Verwaltung entstehenden Unkosten dienen[71]. Eigentümer dieser Sachen ist zwar eine Person des öffentlichen Rechtes, die das Vermögen auch verwaltet, die übrigen Rechtsbe-

[71] Fleiner, Institutionen S. 352, Jellineks Verwaltungsrecht S. 487.

ziehungen sind jedoch rein bürgerlich-rechtlicher Natur. Ferner ist das Verwaltungsvermögen abzutrennen. Es sind hierunter all die Sachen zu verstehen, die für den Betrieb der Verwaltung notwendig sind und deren Rechtsbeziehungen mit Ausnahme weniger Sonderregelungen, wie z. B. hinsichtlich der Veräußerung und Verpfändung, ebenfalls zivilrechtlich sind[72]. Gegenstand der Betrachtung sind nur die öffentlichen Sachen im engeren Sinne, d. h. solche Sachen im Gemeingebrauch, bei denen die Rechtsbeziehungen zwischen der öffentlichen Gewalt und dem Einzelnen rein öffentlichrechtlicher Natur sind. Es fallen unter diesen Begriff einmal die von Natur aus öffentlichen Sachen und die, welche kraft Bestimmung der öffentlichen Gewalt der unmittelbaren Benützung durch jedermann ohne besondere Gewährung zustehen. In Frage kommen für die vorliegende Betrachtung insbesondere das frei fließende Wasser, die freie Luft, der Äther. Bereitet es keine Bedenken, die Luft und den Äther, die erstere direkt, den letzteren analog zu den Gemeingebrauchssachen zu behandeln, so ist doch fraglich, wie die Konkurrenz der Herrschaft über den Luftraum mit den Energien, die innerhalb dieses Raumes von einer Gemeingebrauchssache, dem Äther, getragen werden, zu lösen ist. Für den über den Gemeingebrauch befindlichen Raum ist die Frage unbestritten, er unterliegt rechtlich demselben Schicksal, wie die darunter befindliche Gemeingebrauchssache. Anders jedoch verhält es sich mit dem über Grundstücken, die im Eigentum stehen, befindlichen Raum. Hier scheint ein Gemeingebrauch an dem § 905 BGB zu scheitern. Denn wird der Luftraum uneingeschränkt dem Eigentumsrecht an dem Grundstück gleichgestellt, so wird damit zugleich eine Verfügungsberechtigung über die in diesem Raum befindlichen Energien geschaffen[73]. Eine derartig unbegrenzte Herrschaft über den Luftraum ist jedoch nicht haltbar. Hat durch das immer nähere Zusammendrängen der Menschen auf engsten Raum das Eigentum zwangsläufig immer weiter beschnitten werden müssen, so ist auch für die Beherrschung des Luftraumes eine Grenze zu ziehen. Welcher Maßstab anzulegen ist, wird verschieden beurteilt. Während beispielsweise das Schweizer Zivilrecht im § 667 von dem Interesse des Eigentümers ausgeht, nimmt Melsbach[74] die tatsächliche Beherrschungsmöglichkeit, die mit dem Begriff der Sache untrennbar verbunden sei, zum Ausgangspunkt. Monnich[75] stellt dagegen ab auf das Volksbewußtsein. Tatsächlich wird man wohl irgendeine Beschränkung, deren objektiver Maßstab noch nicht endgültig feststeht, annehmen müssen. Tritt trotz dieser Beschränkung ein Eingriff in das verbleibende Eigentum als notwendig in Erscheinung, so bliebe als endgültige Lösung die Möglichkeit, durch Widmung, wie dies ähnlich durch § 1 Reichsluftverkehrsgesetz 1. 8. 1922 geschehen ist, den Gemeingebrauch zu schaffen[76] [77].

---

[72] vgl. O. Meyer S. 50 ff; Jellinek S. 487. vgl. Fleiner S. 353; Hatschek S. 433 ff.
[73] Gebhard, Dynamisches Recht. Bayr. Ztg. 1923 S. 201.
[74] JW. 1913 S. 909.
[75] Jhr. Jb. 38 S. 155.
[76] vgl. Köhler, Verwaltungsrecht S. 302.
[77] RGBl. I S. 681.

Die Berechtigung, den im Gemeingebrauch stehenden Sachen ihre Energieeigenschaften zu nehmen, kann auf dem Gemeingebrauch selbst beruhen.

Unter diesem Begriff versteht man die Benutzung, die ohne besondere Erlaubnis jedem Rechtssubjekt, sei es natürliche oder juristische Person, zusteht[78]. Die Gebraucher sind der mit der Überwachung der Sachen betrauten Behörde unterworfen. Die Berechtigung zum Gebrauch folgt aus dem öffentlichen Zweck der Sache und aus ihrer gesetzlichen Regelung. Eine gemeinsame Abgrenzung dieser Berechtigung schaffen zu wollen, ist wegen der bestehenden Verschiedenheit der Grenzen nicht möglich. Die Begründung zum Entwurf VROE. S. 562 führt dazu aus: „Da es nicht einmal in dem Einzelrecht der öffentlichen Wege möglich sei, den Inhalt des Gemeingebrauches abzugrenzen, kann noch viel weniger in dem Entwurf eine solche Abgrenzung vorgenommen werden".

Der Umfang der Gemeingebrauchberechtigung ist teilweise nicht ausreichend für die erforderliche Benutzung. Es wird für eine Steigerung eine erhöhte Berechtigung erforderlich, die der Entwurf „Sondernutzung" nennt. Für diese Sondernutzung ist eine Genehmigung der öffentlichen Gewalt durch die zuständige Stelle notwendig. Sie kann in zwei verschiedenen Formen erteilt werden, der „Gebrauchserlaubnis" oder der „Verleihung" eines Sonderrechtes. Ein tatsächlicher Unterschied dem Inhalt nach zwischen beiden Formen ist nicht möglich. Da mit der Verleihung ein subjektives Recht gewährt wurde, kommt diese Form vor allem für Sondernutzung auf lange Sicht in Betracht, für kürzere Zeiträume dagegen die Erlaubnis. O. Mayer[79] findet den Unterschied der Wirkung maßgebend für die Abgrenzung. Die Dauer wird dabei bestimmt nach der Tatsache, ob für die Beseitigung oder Änderung eine Zerstörung von Sachwerten erforderlich ist. Mag diese Unterscheidung auch generell geeignet sein, den Unterschied zu finden, sie reicht im einzelnen Fall nicht aus, da beim Abstellen auf den konkreten Fall starke Abweichungen von der allgemeinen Richtlinie nötig werden. Auf Grund der oben angeführten drei Arten von Berechtigungen ist es möglich, den allgemeinen Sachen Energien zu entziehen. So wird beispielsweise die Benutzung freien Wassers oder der Luft zu Kühlzwecken sich durchaus im Rahmen des Gemeingebrauches halten können. Für die Berechtigung, Windkraftwerke zu errichten, Wasserläufe zu stauen, d. h. sie mit Energie zu sättigen, oder Wasserkraftwerke zur Verwertung der Wasserkraft zu errichten, wird eine besonders erteilte Erlaubnis oder Verleihung nötig sein.

Wegen der Verschiedenheit des Einflusses, den die Energien auf den Wert des Trägers haben, ist es nicht möglich, einen einheitlichen Vertragstypus für alle auf Lieferung von Energie gerichteten Verträge aufzustellen. Für die Energien, die natürliche Eigenschaften ihrer Träger sind, ist der gegebene Vertrag der Kauf-Vertrag. Denn da mit der Verwertung der Eigenschaft der vom Träger gebliebene Rest einen anderen Namen bekommt, nach den Anschauungen des Verkehrs also vernichtet ist, muß der Träger im Eigentum des Verbrauchers stehen.

[78] Jellinek S. 492; Fleiner S. 355/366.
[79] System. Handb. Binding Bd. II S. 96.

C. Bei Verträgen, in denen es sich um Energien handelt, die Verhältniseigenschaften ihrer Träger sind, können die verschiedensten Vertragsarten vorliegen. Bei der elektrischen Energie ist die Meinung, vor allem im Hinblick auf die oben erwähnte Entscheidung des RG.[80], stark vertreten worden, daß ein Sachkauf das diesem Vertrag ähnlichste Geschäft ist, bei dem eine Sukzessivlieferung stattzufinden habe. Dieser Vertrag müsse infolgedessen analog zu den Kaufbestimmungen behandelt werden, soweit diese mit der besonderen Natur des elektrischen Stromes vereinbar seien. Die Verpflichtung des Lieferers geht bei dieser Annahme dahin, daß er ein bestimmtes Quantum elektrischer Energie bereitzuhalten habe, das vom Verbraucher nach Bedarf abgenommen wird. Angewandt werden die Regeln über den Gefahrenübergang und die Mängelhaftung. Die Frage, wann die Übergabe der elektrischen Energie stattfindet, wird dabei verschieden beantwortet. Graßhoff[81] nimmt an, daß der Augenblick des Eintretens in das Leitungsnetz des Beziehers maßgeblich sei. Pfleghart[82] sieht die Übergabe in dem Augenblick, in dem sie das Haus des Abnehmers erreicht. Schnitzler[83] endlich hält beides für angemessen und tritt für die Anwendung des § 446 der Meinung von Pfleghart, für die Anwendung des § 447 der von Graßhoff bei.

Wie oben unter dem Abschnitt „Gegenstand" ausgeführt ist, wäre für derartige Konstruktionen die Möglichkeit eines Ruhezustandes der elektrischen Energie erforderlich. Da es einen solchen nicht gibt, ist die Annahme eines Kaufvertrages mit dem tatsächlichen Geschehen nicht in Einklang zu bringen.

Der Wille der Parteien ist gerichtet auf die Herstellung eines bestimmten Vorganges, nämlich, wie auch das Gesetz vom April 1900 es nennt, auf die Leistung elektrischer Arbeit. Da es sich, wie oben ausgeführt, kraft der Eigenart des elektrischen Stromes nur um diesen Vorgang handeln kann, bleibt für den Versuch eines Erfassens mittels der Vertragstypen des BGB nur die Möglichkeit eines der Arbeitsverträge, des Dienst- oder Werkvertrages übrig.

Der Dienstvertrag ist zugeschnitten auf einen relativ kleinen Personenkreis. Das folgt einmal aus den Fürsorgevorschriften der §§ 617, 618, 619. Ferner aus der Zahlungsverpflichtung des Berechtigten dem Verpflichteten gegenüber bei gewissen Arbeitshinderungen. Diese sozialen Vorschriften lassen auf ein Abhängigkeitsverhältnis schließen, das in unserem Falle völlig fehlt. Auch die Vorschrift des § 613, daß der Verpflichtete die Arbeit in Person zu leisten hat, ist aus ähnlichen Gesichtspunkten getroffen. Da beim Dienstvertrag ein Erfolg nicht geschuldet wird, muß der Gläubiger, um sein Risiko zu verringern, einen Schuldner auswählen, dessen besondere Vorbildung und Tüchtigkeit den Eintritt eines Erfolges wahrscheinlich macht. Die ganze, auf engste persönliche Bindung der Beteiligten zugeschnittene Regelung zeigt von dem Charakter des vorliegenden Vertrages starke Verschiedenheit. Die-

[80] RGZ. 17, 271.
[81] Graßhoff, S. 47.
[82] Pfleghart, S. 59.
[83] Schnitzler, S. 30.

sem Vertrag fehlt jede persönliche Note, in vielen Fällen weiß der daraus Berechtigte wegen der dazwischengeschalteten vermittelnden Personen oder Gesellschaften nicht einmal, wer der Energieerzeuger ist. Ebenso fehlt ihm das Abhängigkeitsverhältnis. Aus all dem läßt sich erkennen, daß ein Dienstvertrag nicht vorliegen kann, daß die Struktur beider Vertragsarten völlig verschieden ist.

Es bliebe Werkvertrag zu erwähnen. Der Hauptunterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag besteht darin, daß der eine als Tätigkeitsvertrag, der andere als Erfolgsvertrag angesehen wird. Maßgebendes Kriterium dafür, ob Werkvertrag vorliegt, ist das Versprechen eines Erfolges. Es wird bei Abschluß derartiger Verträge nicht immer ausdrücklich von einem Erfolg gesprochen. Die Parteien machen sich oft über diesen Punkt keine Gedanken und streifen ihn bei ihren Abmachungen nicht. Seine Begründung findet diese eigenartige Tatsache in der Auffassung des Verkehrs, der, durch die Unklarheit über das Wesen der elektrischen Energie begünstigt,. die Verträge als Kauf wertet. Wird deshalb auf einen Erfolg nicht ausdrücklich Bezug genommen, so ist doch dieser Erfolg, d. h. die Konkretisierung der abstrakten elektrischen Energie in den dazu bestimmten Geräten am Verbrauchsort, das Licht, die Drehung des Motors, das wesentliche Moment. Auf diesen Erfolg kommt es dem Verbraucher an, für diesen wirtschaftlich wertvollen Vorgang ist er bereit, sein Äquivalent, die Geldsumme, zu zahlen. Die eine der beiden in dem Vertrag versprochenen Leistungen besteht in einer neutralen Geldschuld. Kraft der Indifferenz des Wertmessers Geld, der bei den meisten gegenseitigen Verträgen die eine Seite der Verpflichtungen bildet, kann diese keine Bedeutung für die Bestimmung der Vertragsart haben, vielmehr muß die andere, für das vorliegende Rechtsverhältnis charakteristische, maßgeblich für eine Eingliederung sein. Der vorliegende Vertrag kann deshalb, da Mittelpunkt der für die Bestimmung der Vertragsart maßgeblichen Verpflichtung ein Erfolg ist, nur ein Werkvertrag sein.

Ein weiterer Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Werkvertrages könnte die Beantwortung der Frage sein, wer die Gefahr des Erfolgseintrittes trägt. Liegt diese bei Dienstverträgen immer auf Seiten des Berechtigten, so trägt sie bei Werkverträgen gemäß der §§ 267, 399 immer der Verpflichtete. Aus der Verteilung der Gefahr könnte deshalb ein Schluß auf eine bestimmte Vertragsart gezogen werden. Unerheblich wäre dabei, ob eine solche Gefahr tatsächlich noch besteht, oder, wie in vorliegendem Fall, die Ungewißheit des Eintritts fast völliger Sicherheit gewichen ist. Wegen der bestehenden Sicherheit des Erfolgseintritts und der vom Verkehr gepflegten Subsumierung des Vertrages unter den Kauf wird jedoch dieser Punkt von den Parteien vernachlässigt, die Möglichkeit eines Nichteintritts entweder nicht berücksichtigt oder vermöge der Vertragsfreiheit willkürlich gestaltet. Eine Bestätigung für einen Vertragstyp vermag deshalb hier die Gefahrenverteilung nicht zu erbringen.

Kausal für den Eintritt des Erfolges sind zwei Dinge. Einmal die Schaffung der Erfolgsmöglichkeit durch den Leistenden. Da ein Vorrat

an elektrischer Energie nicht möglich ist, kann diese nur in einer Bereitschaft des Verpflichteten bestehen, im Bedarfsfalle, dem Einschalten des Berechtigten, Energie zu erzeugen. Anderseits aber hängt der Eintritt des Erfolges auch vom Berechtigten insofern ab, als seine Handlung, das Einschalten für den Erfolg Voraussetzung ist. Der Lieferer bietet die Basis in Gestalt der Bereitstellung einer für den Erfolg wesentlichen Voraussetzung, bietet die Möglichkeit des Erfolgeintritts, den er, setzt der Abnehmer die zweite Voraussetzung, herbeiführen kann. Wertet man beide Voraussetzungen gleich, so könnte man, da unmittelbar der Abnehmer den Erfolg herbeiführen würde, aus diesem Gesichtspunkte zu einer Ablehnung des Werkvertrages kommen. Aber wohl zu unrecht. Denn das Einschalten ist zwar notwendiges Akzessorium zum Eintritt des Erfolges, bleibt in seiner Bedeutung jedoch weit hinter der vom Energieerzeuger geschaffenen Voraussetzung zurück. Seine Handlung schafft den Erfolg, die des Abnehmers bestimmt nur Zeit und Umstände, an denen dieser Erfolg erbracht werden soll. Ein Anlaß, auf Grund dieser Mitwirkung von der Annahme eines Werkvertrages Abstand zu nehmen, besteht nicht.

Trotzdem darf nicht verkannt werden, daß das Reichsgericht noch in weiteren Entscheidungen den alten Standpunkt, daß ein kaufähnliches Geschäft vorliege, vertreten hat, insbesondere in Bd. 86 S. 13, in der es den elektrischen Strom als eine Sache flüssiger Natur erklärt, und damit sich dem ursprünglich abgelehnten Sachverständigengutachten des Landgerichts Elberfeld anschließt.

Es bleibt demnach als eigenartiges Ergebnis für diese Art von Energieverträgen, daß es sich rein rechtlich gewertet und im Anschluß an das Spezialgesetz um einen Werkvertrag handelt. Im Verkehr und in der Rechtsprechung wird der Vertrag dagegen als Kauf angesehen. Es wird als Kaufobjekt ein Etwas angenommen, das weder Gegenstand noch Sache sein kann, aber wie eine solche behandelt wird[84].

Muß man sich im Anschluß an das Strafgesetz dafür entscheiden, die Arbeitsleistung in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen, so könnte man, hiervor abgesehen, auch Miete annehmen. Die dagegen gerichteten Meinungen beschränken sich darauf, festzustellen, daß eine Unmöglichkeit der Rückgabe bestünde. Wie bei einem typischen Energiemietvertrag, der Gebrauchsüberlassung eines Zugtieres wird hier eine Sache, die elektrische Substanz, gegen Entgelt zum Gebrauch überlassen. Besteht in dem Tierfall der vertragsmäßige Gebrauch darin, die Energieeigenschaft des Tieres sich nutzbar zu machen, so entspricht das genau dem Vorgang bei dem Gebrauch der elektrischen Energie, deren Träger, die elektrische Substanz, ihrer Spannung beraubt wird. Die Rückgabe erfolgt in diesen Fällen sogar zwangsläufig durch das Minuskabel. Sie ist überhaupt Voraussetzung für die Möglichkeit, die Energie zu erzeugen und zu benutzen. Es ist deshalb Miete sehr wohl anzunehmen. Der Einwand, daß es sich bei der elektrischen Energie um ein selbständiges Gut handelt, ist unrichtig. Er scheitert schon an der Tatsache, daß

[84] vgl. Staub, Vorbem. § 373, Anm. 16; vgl. RGRK. § 433 Bem. 6a.

diese Energieart nur als Vorgang in Erscheinung tritt. Die Rechtsstellung des Verfügenden richtet sich in allen Fällen nach seiner Beziehung zum Träger. Die Tatsache, daß es Träger gibt, die sinnlich wahrnehmbar nur durch ihre Energieeigenschaft sind, berechtigt noch nicht dazu, überhaupt die Existenz eines Trägers zu leugnen.

Man könnte die Verträge, gerichtet auf die Leistung von Druckluft oder gespanntem Dampf zum Vergleich heranziehen. Diese werden allgemein nach den Regeln über den Kauf behandelt. Diese Eingliederung bereitet auch keine Bedenken, da in den Vorrats- und Zuleitungsbehältern immer ein gewisses Quantum vorhanden ist, das als Kaufobjekt angesehen werden kann. An sich wäre für diese Verträge Kauf nicht die entsprechende Vertragsart. Denn da es sich bei den Spannungszuständen nicht um natürliche Eigenschaften handelt, wird trotz des Gebrauches der Energie die Substanz der Träger erhalten. Lediglich wirtschaftlich gesehen gehen diese zu Grunde. Es ist das ein Beispiel dafür, daß die Verhältniseigenschaften völlig gleichwertig den natürlichen sein können. Wird die Substanz erhalten, bleibt sie rückgabefähig, so wäre an sich nicht das stärkste und damit auch kostspieligste Recht, das Eigentum, erforderlich. Es müßte eine vom Eigentümer eingeräumte Berechtigung genügen. Die Erklärung für die eigenartige Behandlung dieser Energieform gibt die enge Bindung der Energien an ihre Träger, die einen Transport erschwert. Es werden deshalb solche Trägerarten bevorzugt, die ohne Energieeigenschaft wertlos, nur ihrer „Tragfähigkeit" wegen benutzt, später aufgegeben werden. Diese Konstruktion mag bei speicherfähigen Energien unter Berücksichtigung der Verkehrssitte möglich sein, bei der Elektrizität muß sie versagen. Wird bei Dampf- oder Druckluftverträgen eine Rückgabe der gebrauchten Substanz vereinbart, so ergibt sich das gleiche Bild, wie bei den auf Leistung von elektrischer Energie gerichteten. Für die ersteren würde nach allgemeiner Definition der Miete keine Bedenken bestehen, diese Vertragsart für anwendbar zu erklären. Es muß infolgedessen befremden, daß diese Annahme für die tatsächlich gleichen Verhältnisse bei der elektrischen Energie abgelehnt werden.

Eine einzige Vertragsart für alle Arten von Energien anzunehmen ist nicht möglich. Die Mannigfaltigkeit der Energieform, die Verschiedenheit der Intensität der Bindungen an die Träger und ihre Bedeutung für denselben, erfordern eine Bestimmung der vorliegenden Vertragsart aus dem Einzelfall heraus.

IV. Strafrechtliche Erfassung der Energieentziehung.

Strafrechtlich scheint nur eine Form der Energie, die elektrische, durch das Gesetz vom 9. 4. 1900 geschützt zu sein. Ein weiterer Schutz ist durch das Gesetz betreffend die Fernmeldeanlagen gegeben. Tatsächlich mag eine Bevorzugung dieser Erscheinungsarten gerechtfertigt sein. Sie läßt sich erklären aus der Plötzlichkeit des Auftretens und der Unerklärtheit des Wesens der beiden Energiearten. Begrifflich dagegen läßt sich ein Unterschied zwischen den einzelnen Energieformen nicht vertreten. Daß eine solche Verschiedenheit nicht besteht, ist auch bei den Beratungen zu dem Elektrizitätsgesetz erkannt worden. Die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit beweist dies[85]. Es wird ein Beispiel genannt: jemand benutzt unbefugt ein fremdes Zugtier und macht sich die Energie dieses Tieres zu eigen. Dazu wird bemerkt, diese Fälle unterschieden sich nicht von jenen, in denen jemand elektrische Arbeit für sich verwertet. Ebenso liegt der Fall, wenn jemand unbefugterweise durch Anschluß an einen elektrisch betriebenen Wagen einen weiteren Wagen anhängt oder einer elektrisch betriebenen Maschine durch eine Transmission eine andere Maschine verbunden wird. Auch in diesen Fällen wird einer Anlage, wenn auch nur mittelbar, elektrische Energie entzogen, weil durch die Entziehung mechanischer Energie ein Mehrverbrauch an elektrischer Arbeit hervorgerufen wird. Die Bestrafung derartiger Fälle wird dann mit Rücksicht auf das Rechtsbewußtsein abgelehnt, weil nach geltendem Recht die Entziehung von Energien nicht strafbar sei, wenn die Antriebskraft der Ursprungsmaschine anderer als elektrischer Art ist.

a. Es ist die Frage, ob nicht entgegen der vielfach vertretenen Ansicht eine Subsumierung unter einen anderen Paragraphen des StGB möglich ist. Die Anwendung des § 242 war auf Widerstand gestoßen, weil der Sachbegriff dieses Paragraphen Körperlichkeit erfordert. Eine Definition des Begriffes „Sache" ist weder im StGB. noch in einer anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmung enthalten. Der § 90 BGB. ist in seiner Geltung auf das bürgerliche Recht beschränkt. Trotzdem erfordert nach herrschender Ansicht auch der strafrechtliche Sachbegriff Körperlichkeit. Die Interpretation des Oberreichsanwaltes, daß es ausreiche, wenn ein sinnlich wahrnehmbares Objekt, selbständiger und unmittelbarer menschlicher Herrschaft unterworfen, in Frage steht[86], ist mit Recht ebenso abgelehnt, wie die Annahme jedwedes verkehrswerten Gutes als Sache[87]. Gegen diese atomistische Auffassung wendet sich

[85] Sammlg. RG. Drucksachen 10. Legislaturperiode 1. Sess. 98/99 Bd. 10 Drucks. Nr. 6719.
[86] RGSt. 32 S. 173.
[87] OLG. München Arch. f. Krim. Erg. H. 116.

Wolf[88] und versucht in einer eingehenden Untersuchung eine aufgelockerte Definition des Sachbegriffes im Zusammenhang des Strafrechtssystems zu finden. Zum Ziel führen ihn drei verschiedene Wege: Zunächst versucht er eine Erklärung mit Hilfe des Sprachgebrauches. Danach ist Sache immer „etwas Gegenständliches" oder „Zuständliches", d. h. der menschlichen Person gegenüber „Fürsichseiendes", „selbständig Existentes"[89], wobei auch kürzeste Lebensdauer den Gegenstand nicht von der Subsumierungsmöglichkeit unter den Sachbegriff ausschließt. Außerdem muß der Sache ein gewisser Einfluß menschlicher Tätigkeit anhaften, muß sie eine gewisse kulturelle Existenz haben[90]. Zum Dritten muß der mit Sache bezeichnete Gegenstand der menschlichen Beherrschung unterliegen.

Den zweiten Weg zur Begriffsfindung bildet die Inbeziehungsetzung des Sprachbegriffes zur Teleologie des Rechtes und die hieraus gewonnene Interpretation. Maßgebend für den Sinn des Sachbegriffes ist die ratio legis, deren letztes Ziel der Staat, die konkrete Gemeinschaft ist. Auf Grund dieser Betrachtung kommt Wolf zu einer Erweiterung. Es genügt noch nicht das „Fürsichsein, die Beherrschtheit, das kulturelle Dasein" sondern der Gegenstand muß: 1) auf staatliche Werte bezogen sein, 2) muß diese Wertbeziehung durch eine individuell bestimmte Rechtsperson hergestellt sein, die der Sache rechtliche „Valenz" gibt[91].

Die dritte Etappe ist die Umformung des durch die zwei durchgeführten Betrachtungen gewonnenen Rechtsbegriffes Sache in das Strafrechtssystem, die Untersuchung der dogmatischen Stellung der „Sache". Das Ergebnis dieser Untersuchung ist: Alle Tatbestandselemente sind begrifflich normativer Art. Deshalb ist auch der Begriff der „Sache" ein normatives Tatbestandselement, ein normativer und zwar ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff[92]. Auf Grund seiner Untersuchung kommt Wolf dann zu dem Schluß: „Sache ist der empirische Kulturgegenstand, der durch Beziehung auf Staatswerte zum Rechtsgegenstand wurde und Sachqualität durch Herrschaftsbeziehung auf einen rechtspersonalen menschlichen Willensträger gewonnen hat. Dabei ist stets von der allgemeinen juristischen Form des strafrechtlichen Sachbegriffes als eines wertausfüllungsbedürftigen normativen Tatbestandselementes auszugehen[93].

Bei dieser Definition kommt der Materie nur ein kleiner Teil im Verhältnis zu den aus der Kultur- und Zweckbezogenheit geborenen Beziehungen für die Begriffsbildung zu. „Nicht die Existenz von Materie, sondern die Relation eines rechtlichen Wertgedankens in der Person eines rechtlichen Wertträgers auf die Materie ist das kostitutive Moment für den Sachbegriff"[94]. „Die bloße Materie ist das Material,

---

[88] Eric Wolf, Der Sachbegriff im Strafrecht.
[89] ebenda S. 49.
[90] ebenda S. 50.
[91] ebenda S. 52.
[92] ebenda S. 56.
[93] ebenda S. 67.
[94] ebenda S. 56.

aus dem erst durch die Kultur- und Zweckbezogenheit die Sache im Rechtssinn entsteht"[95].

Auch bei der Weite dieser Betrachtungsweise erfordert trotzdem die Interpretation der „Sache" des § 242 Körperlichkeit. Das folgt aus der Terminologie des Gesetzes, insbesondere aus dem „beweglich", das eindeutig auf dieses Erfordernis hinweist. Auch mit Hilfe des Wolffschen Sachbegriffes ist deshalb die Entziehung elektrischer Energie nicht als Diebstahl anzusehen.

b. Es ist dann die Ansicht vertreten, daß bei derartigen Fällen Betrug vorläge. Reuling[96] führt für die elektrische Arbeit aus, daß ihre Entnahme ein Signal für den Maschinisten der den Strom erregenden Maschine bilde, daß ein rechtmäßiger Abnehmer mehr Strom benötige. Dieses Signal ist für ihn die für eine Anwendung des Betrugstatbestandes erforderliche Täuschungshandlung. Stenglein[97] konstruiert ähnlich, indem er Unterdrückung wahrer Tatsachen annimmt, weil der Berechtigte über die Leistung seiner Maschine und den entstandenen zivilistischen Schadenersatzanspruch getäuscht, zum Arbeiter wider Willen gemacht werde. Es kann bei der Entziehung elektrischer Arbeit Betrug vorliegen. Voraussetzung ist jedoch, daß ein Abnehmer, der in vertraglicher Beziehung zu dem Hersteller des elektrischen Stromes steht, durch eine Täuschung sich Energie ohne die entsprechende Gegenleistung verschafft. So hat das Reichsgericht[98] Betrug angenommen in den Fällen, in denen der zum Messen des Stromes benutzte Zähler verändert wird. Von diesen besonders gelagerten Fällen ausgehend kann man jedoch nicht annehmen, daß immer, wenn elektrischer Strom entzogen wird, Betrug vorliegt. Es werden, wenn jemand heimlich der Leitung eines anderen Strom entnimmt, im allgemeinen damit weder falsche Tatsachen vorgespiegelt noch wahre Tatsachen unterdrückt. Bei diesen Vorgängen wird in dem Berechtigten, der von dem ganzen Geschehen keine Kenntnis hat, kein Irrtum erregt, der für eine Vermögensverfügung und Schädigung kausal wäre.

c. Die Energien sind Eigenschaften ihrer Träger. Die Berechtigung zur Verfügung über sie folgt aus dem Recht an den Träger. Da diese Träger nun zum Teil im Eigentum stehen, teilweise aber auch allgemeine Sachen sind, so ist eine getrennte Betrachtung erforderlich. Da das Recht einen allgemeinen Schutz von Energien nicht kennt, so wäre nur möglich, daß durch den Schutz der Trägersubstanz auch die Energieeigenschaft mit geschützt wird.

Eine Untersuchung, die sich mit den im Eigentum stehenden Trägern befaßt, hat, da das Eigentum einen Vermögensbestandteil bildet, bei den Vermögensdelikten einzusetzen. Wir haben festgestellt, daß die Energien bestimmte Zustände ihrer Träger sind, die für den Wert derselben von ausschlaggebender Bedeutung sein können. Da eine Ent-

[95] Wolf, S. 59.
[96] Zum Thema des Rechtsschutzes der elektrischen Stromteile. bes. S. 22.
[97] DJZ. 1897 S. 102.
[98] RGSt. 35 S. 312; vgl. dazu Ostwald DJZ. 1897, S. 115; Korschny, a.a.O. S. 19.

kleidung dieser Eigenschaft demnach eine Wertminderung des Trägers darstellt, liegt es nahe, an Sachbeschädigung zu denken.

Jede Sachbeschädigung richtet sich gegen ein Objekt, das beschädigt wird, gegen das sich die Handlung richtet. Da die Handlung gleichzeitig infolge ihrer Rechtswidrigkeit ein Rechtsgut verletzt, erhalten wir neben dem Gegenstandsobjekt noch ein Rechtsobjekt. Oppenheim[99] nennt das Gegenstandsobjekt „Handlungsobjekt", das Rechtsgut „Schutzobjekt".

Die Sachbeschädigung erfordert als Handelsobjekt zunächst eine fremde Sache. Diese Sache, die beschädigt wird, ist der Träger der Energie. Der Träger muß fremd sein, d. h. er muß, da es einen strafrechtlichen Eigentumsbegriff nicht gibt, nach bürgerlichem Recht im Eigentum einer anderen Person als des Beschädigenden stehen.

Geschützt wird durch das Gesetz das Eigentum[100]. Diese Auffassung wird, vor allem im Hinblick auf den § 304 StGB bekämpft. Begründet wird diese Ansicht damit, daß in diesem Paragraphen Sachbeschädigung unter Strafe gestellt ist, ohne daß ein Eigentum überhaupt besteht. Trotzdem spreche das Gesetz von Sachbeschädigung. Infolgedessen könne nicht das Eigentum Schutzobjekt sein. Diese Auffassung ist irrig. Schmoller führt dazu aus: „Über dem öffentlichen Interesse an der Unversehrtheit der betreffenden Gegenstände, das sich nicht mit der Rolle eines Strafschärfungsgrundes bescheidet, sondern eine besondere kriminalistische Bedeutung beansprucht, muß das Eigentumsmoment zurücktreten. Da die Sachbeschädigung hier ihren Charakter nicht nur als Eigentumsverletzung sondern als Angriff gegen den Einzelnen überhaupt abgestreift hat und zum Delikt wider die Gesamtheit geworden ist, so wird man sich fragen müssen, ob die Gleichartigkeit der Begehung, welche allein den Tatbestand des § 304 mit den übrigen Sachbeschädigungsfällen zusammenhält, dazu ausreicht, seine dermalige systematische Stellung zu rechtfertigen"[101].

Es handelt sich bei diesem Paragraphen um eine Verletzung öffentlicher Interessen. Binding nennt es eine Anwartschaft der Allgemeinheit auf das unverletzte Dasein, den Gebrauch oder Genuß bestimmter Gegenstände[102]. Der Schutz dieses Objektes aber gehört systematisch unter den Abschnitt der Delikte gegen die öffentliche Ordnung. Aus einer durch gewisse äußere Ähnlichkeiten hervorgerufenen irrigen Stellung dieses Paragraphen läßt sich aber keinesfalls die Annahme, daß das Rechtsgut bei der Sachbeschädigung nicht das Eigentum sei, rechtfertigen.

Die Deliktshandlung besteht in einem Beschädigen oder Zerstören. Die Erklärung dieser beiden Begriffe gibt nicht das Gesetz, sondern der Sprachgebrauch. Die stärkere Form ist das Zerstören. Man versteht

---

99 Oppenheim, Die Objekte der Verbrechen.

100 so herrschende Meinung. vgl. Binding bes. Teil I S. 242, 247; Schmoller, S. 144, 152; Oppenheim S. 153; a. A. Lehmann, Zur Lehre vom objektiven Tatbestand der Sachbeschädigung S. 44.

101 Schmoller S. 152. ähnlich Leutz S. 121.

102 Binding bes. Teil I S. 251.

darunter eine derartige Einwirkung auf die Substanz, daß diese nach der Anschauung des Verkehrs als vernichtet angesehen werden muß.

Werden die natürlichen Energieeigenschaften gelöst, so wird, wegen ihrer starken Bedeutung für ihren Träger, die restliche Substanz mit einem anderen Namen bezeichnet. Der Träger ist also untergegangen. Derartige Zerstörungen als Sachbeschädigung anzusehen, ist allgemein anerkannt und bietet keine Besonderheiten.

Unter Beschädigen versteht man einen Eingriff in den körperlichen Bestand der Sache, der einmal durch Verletzung der Substanz, ohne daß diese als ihre endgültige Vernichtung anzusehen ist, geschehen oder durch eine Veränderung der Form erfolgen kann. Eine Ausweitung des „Beschädigen" lehnt das RG ab, indem es ausführt, daß eine Auslegung, nach welcher dieser Begriff alle Einwirkungen umfasse, durch welche die Brauchbarkeit der Sache für den Eigentümer eine Schmälerung erleidet, ohne daß an der Sache selbst eine Änderung bewirkt werde, nur dann als zulässig erachtet werden könne, wenn der Geist des Gesetzes oder die Entstehungsgeschichte desselben dazu nötigen würden[103].

Mit dieser einseitigen Auffassung sind jedoch nur die klar zutage liegenden Hauptfälle zu erfassen. Wenn Rechtsprechung und Schrifttum einmütig feststellen, die Verkehrsauffassung sei letzten Endes maßgebend dafür, ob eine Sachbeschädigung vorliegt, so muß der Begriff erweitert werden. Denn von Beschädigen spricht man auch in anderen Fällen. Wenn zivilrechtlich der Eigenschaftsbegriff von der natürlichen Eigenschaft zur Verhältniseigenschaft erweitert ist, so müßte das Strafrecht dem folgen und den Verhältniseigenschaften denselben Schutz gewähren, den es den natürlichen zukommen läßt. Wird die Entziehung einer natürlichen Eigenschaft als Sachbeschädigung angesehen, so müßte mit der Erweiterung des zivilrechtlichen Begriffes auch das Strafrecht von dem Erfordernis der Substanzbeschädigung abgehen und die Entziehung einer Verhältniseigenschaft genügen lassen.

Es ist nicht möglich, die „Sache" des § 303 StGB rein atomistisch aufzufassen. Sie entsteht erst aus der „Kultur- und Zeckbezogenheit"[104]. Infolgedessen ist für das „Beschädigen" nicht nur die Substanzverletzung, sondern auch die Verletzung des unmateriellen Teiles der Sache maßgebend. „Ein Kulturgegenstand ist dann beschädigt, wenn er in seiner kulturellen Ganzheit Einbuße erlitten hat, wenn er seinen kulturellen Sinn infolge des Angriffes nicht mehr repräsentiert"[105].

Auch das RG hat sich diesem Standpunkt schon genähert, wenn es ausführt: „Beschädigen sei jede nicht ganz unerhebliche körperliche Einwirkung, durch welche die stoffliche Zusammensetzung der Sache verändert oder ihre Unversehrtheit aufgehoben wird, sodaß die Brauchbarkeit für die gegebene Zweckbestimmung gemindert wird." Dabei macht die Wiederherstellungsmöglichkeit des früheren Zustandes den Eintritt

---

[103] RGSt. 13, 27.
[104] Wolffscher Sachbegriff.
[105] Wolf, S. 57.

der Schädigung nicht ungeschehen[106]. Es wird hier demnach eine Verminderung der Eignung für einen bestimmten Zweck der eigentlichen Sachbeschädigung, bei der die Substanz in Mitleidenschaft gezogen werden muß, gleichgesetzt. Ähnlich heißt es in einer anderen Entscheidung[107]: „Der Sprachgebrauch legt . . kein Gewicht auf die Unversehrtheit der Stoffe, entscheidend ist vielmehr der Umstand, daß der Gegenstand infolge der Einwirkung die ihm eigentümliche Zweckbestimmung nicht mehr in früherem Maße erfüllt".

In diesen Entscheidungen begnügt sich das RG nicht mit der Enge seines eigenen Begriffes, es fragt nicht nach dem Zustand der Substanz, sondern läßt die Minderung der Eignung für die Zweckbestimmung maßgebend sein. Es nähert sich damit dem Standpunkt von Wolf, der den „naturalistischen Begriff der Substanzverletzung durch den kulturellen der Zweckvereitelung" ersetzen will[108]. Daraus kann noch nicht entnommen werden, daß nun an Stelle des Eigentums das Vermögen Schutzobjekt der Sachbeschädigung wird. Es wird nicht ein Geldwert des beschädigten Objekts verlangt, es handelt sich nicht darum, Sachen, die nur einen Affektionswert haben, von der Sachbeschädigung auszuschließen, sondern die zu enge Definition der Beschädigung mit ihrer Grundlage, dem Sprachgebrauch, in Einklang zu bringen. Sachbeschädigung liegt demnach vor, wenn eine Substanzbeschädigung oder eine sonstige nicht unerhebliche Einwirkung auf die Sache vorgenommen wird, die die Unversehrtheit und Brauchbarkeit irgendwie beeinflußt. Da Schutz des Eigentums der Endzweck ist, muß auch auf das Interesse des Eigentümers an der Fähigkeit der Sache zum Gebrauch abgestellt werden. Da die Energien Eigenschaften sind, die für den Gebrauch und damit für die Wertung des Trägers von Bedeutung sind, an denen der Eigentümer der Träger infolgedessen ein starkes Interesse hat, weil die Berechtigung, über diesen Wert zu verfügen, vom Eigentum umschlossen wird, bestehen keine Bedenken, eine Sachbeschädigung zu bejahen, wenn die übrigen normalen Erfordernisse dieses Deliktes gegeben sind.

b. Für die Energien, die sich als natürliche Eigenschaften ihrer Träger darstellen, ist die Annahme einer Sachbeschädigung ohne Zweifel. Für die Verhältniseigenschaften dagegen war eine Ausweitung des Beschädigungsbegriffes notwendig. Lehnt man eine derartige Erweiterung ab und beschränkt sich darauf, Sachbeschädigung gleich Substanzbeschädigung zu setzen, ohne eine Wertminderung genügen zu lassen, so bleibt nur die Möglichkeit der Annahme einer Gebrauchsanmaßung. Auch aus der Begründung zum Entwurf des Elektrizitätsgesetzes geht hervor, daß der Gesetzgeber bei der Entziehung elektrischer Arbeit den qualifizierten rechtswidrigen Gebrauch einer Sache annimmt. Es ist in diesem Fall der Grundsatz, daß der widerrechtliche Gebrauch einer fremden Sache an sich regelmäßig straflos ist, durchbrochen, ohne daß be-

106 RGSt. 43, 205.
107 RGSt. 20, No. 65.
108 Wolf S. 71.

grifflich eine Berechtigung für eine derartige Sonderbehandlung vorläge. Der Begriff der Gebrauchsanmaßung ist von Wächter dahin formuliert: Gebrauchsdiebstahl ist die widerrechtliche Anmaßung des bloßen Gebrauches einer Sache oder die Überschreitung des gestatteten Gebrauches derselben[109]. Nun heißt „Gebrauch" eine Sache ihrer Zweckbestimmung gemäß verwenden. Es kann jedoch auch über die Bestimmung hinausgegangen werden, wenn mit dieser Sache ein anderes Ergebnis zu erreichen ist. Windscheid definiert deshalb schärfer: Die Sache gebrauchen, heißt, sie zu Zwecken verwenden, die sich mit ihr erreichen lassen, ohne das Recht, sich die Früchte derselben anzueignen[110]. Maßgebend ist demnach nicht die Zweckbestimmung, sondern die Gebrauchsmöglichkeit, die die Sache bietet. Die Meinungen, ob auch unbewegliche Sachen Gegenstand einer Gebrauchsanmaßung bieten können, sind geteilt. Objekt der Anmaßung wäre bei den Energien der Träger. Der allgemeine Hinweis, daß eine Gebrauchsanmaßung der Energie nicht möglich sei, weil sie durch den Gebrauch verbraucht würden[111], beruht auf einer Verkennung des subsidiären Wesens der Energien, die nicht selbständige Rechtsobjekte sind, sondern nur von der Rechtsstellung ihrer Träger abhängen. Gebraucht wird der Träger, verbraucht die Energie, durch deren Verlust eine Wertminderung und auch eine Substanzbeschädigung eintreten können.

Es können nun auch Gemeingebrauchssachen als Träger von Energien rechtlich bedeutsam werden. Handelt es sich bei der Beschädigung von Trägern, die im Eigentum stehen, um einen Verstoß gegen den Einzelnen, so müßte ein gesetzlicher Schutz für diese Fälle bei den Bestimmungen über die Delikte gegen die Allgemeinheit zu finden sein.

Die öffentlichen Sachen unterliegen ihrer Zweckbestimmung nach der öffentlichen Gewalt. Die Regelung der Verwaltung dieser Sachen erfolgt durch Anordnungen dieser Gewalt, denen durch Strafen der nötige Nachdruck verliehen werden kann. Bei Verstößen gegen die Ordnung der öffentlichen Sachen wird demnach gegen die Staatsverwaltung verstoßen. Da die Verwaltung die Erhaltung der öffentlichen Sachen und ihre Eignung zum gemeinen Nutzen zu fördern bestrebt ist, wird mit den öffentlichen Sachen auch die ihnen anhaftende Energieeigenschaft geschützt. Schutz bietet hier das gesamte Strafverwaltungsrecht. Eine spezielle gesetzliche Schutzmaßnahme stellt lediglich das Gesetz betreffend die Fernmeldeanlagen dar. Erklären läßt sich diese Sonderregelung, die an sich überflüssig erscheinen müßte, weil ein Schutz schon durch ein Wachen über den analog zu den Gemeingebrauchssachen zu behandelnden Äther gewährleistet ist, daß dieser rechtlich erheblich nur als elektrischer Schwingungsträger wurde. Infolgedessen wurde seine Existenz, ähnlich wie bei der Strömungsenergie zugunsten seiner Eigenschaft vernachlässigt. Die Energie wurde als selbständiges Gut behandelt.

---

[109] Waechter, Weiskel, Rechtslex. Bd. 3 S. 364.
[110] Bd. 1 § 207.
[111] Binding, bes. Teil I S. 261.

Schluß.

Die Energien nehmen eine untergeordnete Stellung ein. Die Materie ist für das Recht die Hauptsache.

Das BGB ist die Frucht seiner Entstehungszeit, d. h. der Zeit nach den sogenannten Gründerjahren. Der Einfluß römisch rechtlicher Denkweise war sehr stark. Einmal deswegen, aber auch sonst steht eine materialistisch-liberalistische Weltauffassung durchaus im Vordergrund. Die Grundlage allen wirtschaftlichen Geschehens sind das Unternehmertum und das Arbeitertum geworden. Beiden gemeinsam ist eine materialistische Haltung. Dort kommt das in der Betonung des Gewinns zum Ausdruck, und hier steht diesem Gewinn die sogenannte materialistische Geschichtsauffassung, der Marxismus gegenüber. In jedem Fall wird der Materie große, um nicht zu sagen größte Bedeutung zugemessen. Alles darüber hinaus muß zurücktreten. Das „Sein" und noch mehr das „Haben" steht voran. Alles Werden und alles Weiterfortführen wird nur unter dem Gesichtspunkt der Voraussetzung für das Haben betrachtet. Eben deswegen ist die Materie die Hauptsache, sind die Energien nur Akzessorien.

Ein Schutz der Energien mußte dieser Einstellung wegen zwangsläufig über einen Schutz der Materie gesucht werden. Die Energien wurden zu Eigenschaften der Materie. Die Schwierigkeiten begannen in dem Augenblick, in dem es der Technik gelang, eine abstrakte Energie wirtschaftlich gebrauchsfähig zu schaffen. Diese Abstraktheit kann der unvermeidlichen Verbindung Materie—Energie wegen nur wirtschaftlich gesehen bestehen. Tatsächlich ist auch hier, wie überall, die Materie als Träger der Energie erforderlich. Da sie aber außer als Energieträger nicht in Erscheinung tritt, wurde ihre Existenz überhaupt geleugnet. Es erscheint eine Lücke im Gesetz, die durch das Gesetz vom 9. 4. 1900 geschlossen wird.

Aber die Entwicklung ging weiter. Die Dynamik des Geschehens, das Werden der Materie wird mehr und mehr beachtet. Die Materie wird zur Funktion, zur Erscheinungsform der Energie. In der Weltanschauung wird die Unhaltbarkeit des Materialismus, im Wirtschaftsleben die Kurzsichtigkeit des Liberalismus erkannt. Das Recht muß seine Folgerungen ziehen. Das geht im Zivilrecht und namentlich im Schuldrecht relativ leicht. Analogie und Vertragsfreiheit sind gegeben. So ist es möglich, im Zivilrecht den Energien eine Stellung zu schaffen, wenn auch nicht in dem Maße, wie sie ihrer Bedeutung zukommt.

Das Strafrecht ist das Gebiet des strengen Rechts. Analogie war verboten. Die wenigen Spezialgesetze halfen nur in ihrem ganz eng gesteckten Rahmen. Die Entwicklung des Lebens schreitet fort. Der

große Umbruch kommt und mit ihm Zielsetzungen von einem Ausmaß, wie man sie nie für möglich gehalten hätte. Materialismus gilt nichts mehr. Eine gewaltige dynamische Weltauffassung tritt ihre Herrschaft an. Materie ist nur Zustand der Energien, ist nur eine Erscheinungsform der Energie.

Für den Rechtsschutz der Energie bedeutet das die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Regelung. Der erste Einbruch erfolgt durch die Schaffung der Analogie. Dem Fundament des Strafrechts wird die Statik genommen. Es kommt Bewegung in die Massen. Das Fortschreiten der Entwicklung findet keinen Aufenthalt mehr am Bollwerk alter materialistischer Auffassung und ihrer Kristallisierung im Gesetz.

Schriftenverzeichnis.

Baron: Kein Diebstahl an Elektrizität, sondern Sachbeschädigung. DJZ 1898 S. 49 ff.

Becker: Die Beschaffenheit der Objekte unserer dinglichen Rechte. Sitzber. d. kgl. preuß. Akad. Jahrg. 1898, 2. Hlbbd. S. 648.

Biermann: Bürgerliches Recht 1908.

Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren. Jhr. Jahrb. 32 S. 267.

Binder: Der Gegenstand. ZHR. 59 S. 1.

Binder: Vermögensrecht und Gegenstand. Arch. f. Bürgerl. Recht 34 S. 209.

Binding: Lehrbuch des allgemeinen deutschen Strafrechts. bes. Teil 1902.

Blaß: Das Rechtsgut der Elektrizität im Zivil- und Strafrecht. Zürich 1898. auch: DJZ 99. S. 36.

Budde: Energie und Recht. Berlin 1902.

Cäsar: Die rechtliche Natur des Restenlieferungsgeschäfts. Holth. Z. 1910 S. 31.

Canares: Der Elektrizitätslieferungsvertrag. Leipzig 1933.

Coermann: Absperrecht bei elektrischem Licht. Leipzig 1927.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1922.

Danz: Gesetzesauslegung und das Leben. Grünh. Ztschr. 24 S. 611.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1898.

Dernburg: Diebstahl an Elektrizität. DJZ 96 S. 473.

Dernburg: Nochmals Diebstahl an Elektrizität. DJZ 97, S. 76.

Düringer: Sache im Sinne des BGB. Leipzig Z. 1918 Nr. 2.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1931.

Fick: Bespr. z. Pfleghart Spezieller Teil ZHR. 54, S. 348.

Fick: Bespr. z. Pfleghart Allgem. Teil ZHR. 52 S. S. 634.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 1928.

Frank: StGB 1931.

Friedrich: Das wirtschaftliche Wesen der Elektrizitätserzeugung. Jena 1923.

Fuchs, Ernst: Die Sache im Sinne des BGB. Lpzg. Z. 1918 Nr. 6.

Fuchs, Eugen: Sachenrecht und Sache. Lpzg.Z. 1918 No. 7.

Gebhard: Dynamisches Recht. Bayr. Z. 1923 S. 201.

Gerson: Die Schadenersatzpflicht bei Elektrizitätsentziehung. Greifswald 1910.

Gierke O. v.: Deutsches Privatrecht 1895.

Gierke O. v.: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches u. d. dtsch. Recht. Leipzig 1889.

Graetz: Elektrizität 1933.

Gilles: Die Elektrizität und ihre Stellung im Straf- und Zivilrecht. Erlangen 1908.

Granderath: Der Vertrag auf Lieferung von Elektrizität. Rostock 1911.

Graßhoff: Die Elektrizität und ihre Stellung im Sachgüterrecht des Zivilrechts. Greifswald 1908.

Hatscheck: Deutsches und preußisches Verwaltungsrecht. 1931.

Henke-Müller-Rumpf: Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland. Berlin 1930.

Hillebrandt: Die Eigenschaften der Person oder Sache. Breslau 1910.

Hoffmann: Privatrechtliche Probleme des Rundfunks. DJZ 1932.

ten Hompel: Z.f.StW. B. 19 S. 795. Das Furtum usus de lege ferenda.

Hoppe: Diebstahl an Elektrizität. DJZ. 1897. S. 58.

Jaeger: Verträge auf Lieferung von Wasser, Gas und Elektrizität aus städtischen Werken Lpsg.Z. 1912 S. 286.

Jellineck: Verwaltungsrecht. 1931.

Joseph: Gas-, Wasser- und Elektrizitätslieferungsverträge im Konkurs des Abnehmers. Greifswald 1910.

Kahl: Zum Entwurf eines Gesetzes betr. Bestrafung der widerrechtlichen Entziehung fremder elektrischer Arbeit. DJZ 1900. S. 29.

Karschny: Die Sacheigenschaft der Elektrizität im geltenden Straf- und Zivilrecht. Greifswald 1910

Kloeß: Die Energien in- und außerhalb des Verkehrs und das Eigenrecht an ihnen. Arch.f.Ziv.Prax. 103 S. 34.

Kohler: Über die Interpretation von Gesetzen. Grünhut 13 S. 51.

Kohlrausch, Ed.: Die Energie oder Arbeit und die Anwendung des elektrischen Stromes. Leipzig 1900.

Kohlrausch: Das „Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit" und seine Vorgeschichte. Z.f.StW Bd. 20 H. 4.

Köster: Der Rechtsschutz der Elektrizität im deutschen und ausländischen Strafrecht. Erlangen 1920.

Kuhlenkampf: Das Rechtsgut der elektrischen Arbeit im geltenden Strafrecht. Belings Strafr.Abhdlg. Bd. 59.

Lehmann: Zur Lehre vom objektiven Tatbestand der Sachbeschädigung. Breslau 1910.

Leutz: Die Sachbeschädigung. Freiburg 1914.

List: Die Rundfunkstörungen im deutschen Privatrecht. Techn. u. R. Sonderh. I 1932.

List: Grundsätzliches zum Problem eines Energierechtes. JRd. 1931. No. 12.

List: Der Energiebegriff im modernen Sachenrecht. JBl. 1931. Nr. 21.

List: Elektrische Strömungs- und Schwingungsenergie. Als Rechtsbegriff. Rechn. u. R. 1931 Heft I.

List: Antennenrechts Rettung. ArchF. 1928. S. 424.

Mahler: Der Sachbegriff im modernen Elektrizitätsrecht. JBl. 1931 Nr. 5.

Mahler: Der Begriff der Elektrizität und seine Beziehungen zu den privaten Kategorien, insbes. zu den Begriffen des Besitzes und des Eigentums. JBl. 1925 Nr. 5/6.

Neugebauer: Fernmelderecht mit Rundfunkrecht. Stilkes Rechtsbibl. Bd. 33.

Neugebauer: Das neue Rundfunkrecht. ArchF. 1932 S. 1.

Neugebauer: Die neue Rundfunkregelung. ArchF. 1930 SH.

Nießen: Die privatrechtliche Stellung der Elektrizität und der Elektrizitätslieferungsvertrag. Berlin 1925.

Oertmann: Archiv f. Bürgerl. Recht. Bd. 22 S. 339.

Oppenheim: Die Objekte der Verbrechen. 1894.

Ostwald: Die Frage des Diebstahls an Elektrizität vom technischen Standpunkt. DJZ 97/115.

Pfleghart: Die Elektrizität als Rechtsobjekt. I. Allgem. Teil. II. Spezieller Teil. Straßburg 1901, 1902.

Pfleghart: Die Sachqualität der elektrischen Energie. Arch. f. Bürgerl. Recht 24 S. 300.

Plenske:	Das Elektrizitätsrecht und das Reichsmonopol. Berlin 1908.
Regelsberger:	Pandekten Bd. I.
Regelsberger:	Gesetz und Rechtsanwendung. Jhr. Jahrb. 58 S. 146 ff.
Reich:	Funkrecht. Berlin 1925.
Rosenstock:	Die philosophischen Grundlagen des Arbeiterrechts. JW. 1922. S. 560.
Schmoller:	Sachbeschädigung. Vergl. Darst. Str. bes. Teil Bd. 6 S. 143.
Schlecht:	Die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit. Seuff. Bl. 66. 9. 29, 67. 8. 31.
Schloßmann:	Irrtum über wesentliche Eigenschaften. Fischers Abhdlg. Bd. 9.
Schnitzler:	Die Energien im Rechtsverkehr. Köln 1927.
Schreiber:	Die Elektrizität in Recht und Wirtschaft. Leipzig 1913.
Schulze:	Elektrizität und Sachbegriff im Bürgerlichen Recht. Marburg 1934.
Sohm:	Der Gegenstand. 1905.
Sohm:	Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Arch. f. Bürgerl. Recht. 28, S. 173.
Sohm:	Noch einmal Gegenstand. Jhr. Jahrb. 53 S. 373.
Staudinger:	Kommentar. 1928. 9. Aufl.
Staub:	Kommentar. 1927. 12. u. 13. Aufl.
Stenglein:	DJZ 1897 S. 102.
Stenglein:	DJZ 1899. S. 246.
Steinhauser:	Deutsches Elektrizitätsrecht. 1928.
Thomsen:	Recht 1900. S. 96.
Wächter:	Diebstahl-Furtum-Entwendung. i. Weiskes Rechtslex. Bd. 3.
Weinrich:	Das Reichsgericht und die Elektrizität. Arch. f. StR. 45 S. 11.
Windscheid:	Lehrbuch des Pandektenrechts.
Wolf, Eric:	Der Sachbegriff im Strafrecht. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Bd. V. 1929.
v. Tuhr:	Allgem. Teil des BGB 1910.
Zeutschel:	Die Entziehung elektrischer Energien. Würzburg 1924.

Lebenslauf.

Am 13. Febr. 1910 wurde ich in Quedlinburg geboren. Mein Vater ist der Fabrikant Hermann Klumpp, meine Mutter heißt Anna Klumpp, geb. Graßhoff.

Von Ostern 1916 an besuchte ich die Vorschule des humanistischen Gymnasiums in Quedlinburg, von Ostern 1916 an das Gymnasium selbst. Ich verließ es mit dem Zeugnis der Reife, um eine praktische Lehre in der Rohrschlosserei folgen zu lassen. Nach 1 Semester Bauingenieurwesen volontierte ich ein Jahr kaufmännisch. Es folgen 7 Semester Juristischen Studiums an der Universität in Halle. Ich hörte bei den Herren Professoren: Boehmer, Bilfinger, Finger, Hein, Noak, Schwinge, Schmidt, Wegener. Am 25. Jan. 1936 bestand ich das Referendarexamen vor dem Prüfungsausschuß am Oberlandesgericht in Naumburg. Einer Anregung des Herrn Professors Wegener folgend lenkte ich meine Aufmerksamkeit auf das Recht der Energien.